

Os Problemas do *Corporate Governance* nas Empresas Públicas

José Marrecas Ferreira

2009

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais

Aos meus pais

À companhia

Apresentação

O presente estudo corresponde à dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa apresentada em Outubro de 2009. Não posso deixar de tornar público o meu profundo agradecimento ao meu orientador, o Professor Doutor Rui Pinto Duarte, pelo interesse que sempre demonstrou no desenvolvimento deste estudo, pela disponibilidade, pelos conselhos e apoio. Presto um agradecimento especial à Dr.^a Sofia Gouveia Pereira, pelo apoio e confiança, à Dr.^a Patrícia Vinagre e Silva pelos seus bons conselhos e à Dr.^a Margarida Pacheco de Amorim pela atenção e pelas suas boas sugestões. A todos agradeço a atenção prestada, afirmando, desde logo a sua não responsabilidade sobre eventuais incorrecções ou omissões deste trabalho.

Outubro de 2009

Índice	Página
Índice	3
Introdução	5
1. O sector empresarial do Estado	
1.1. Considerações gerais	8
1.2. A evolução do sector empresarial do Estado	9
1.3. A organização da administração pública e o sector empresarial do Estado	11
1.4. A empresa pública	
1.4.1. O conceito de empresa pública	14
1.4.2. O regime jurídico das empresas públicas. Em especial as sociedades anónimas de capitais públicos	16
1.4.3. A função accionista do Estado	18
1.4.4. Deveres especiais de informação e controlo	19
1.5. O interesse público	21
2. Do <i>corporate governance</i> em geral	
2.1. Colocação do Problema	23
2.2. Os princípios do <i>corporate governance</i>	26
2.3. O <i>corporate governance</i> no código das sociedades comerciais	28
3. A governação das sociedades comerciais no sector empresarial do Estado	
3.1. A problemática do <i>corporate governance</i> nas empresas públicas	30
3.2. Os princípios de boa governação para o sector público	31
3.2.1. Princípios dirigidos ao Estado	33
3.2.2. Princípios dirigidos às empresas públicas	34
3.2.3. Divulgação de informação	36
4. A estrutura dos órgãos de administração de sociedades anónimas de capitais públicos	
4.1. A estrutura dos órgãos de administração das sociedades comerciais	37
4.2. A estrutura dos órgãos de administração de sociedades anónimas de capitais públicos	41

5. Os deveres do Gestor público	
5.1. Os deveres fundamentais dos administradores	
5.1.1. Colocação do problema	43
5.1.2. O dever de cuidado	46
5.1.3. O dever de Lealdade	50
5.2. Os deveres dos gestores públicos	
5.2.1. O gestor público	56
5.2.2. Os deveres gerais dos administradores e os gestores públicos	58
5.2.3. Os deveres específicos dos gestores públicos	58
5.2.4. A aplicabilidade dos deveres específicos dos administradores aos gestores públicos	61
5.3. Os deveres dos gestores públicos não executivos	63
6. A responsabilidade civil dos gestores públicos	
6.1. A responsabilidade civil dos administradores	66
6.2. A responsabilidade civil dos gestores públicos	68
6.2.1. A responsabilidade civil para com a sociedade	69
6.2.2.1. A <i>business judgment rule</i>	72
6.2.3. A responsabilidade parente accionistas e terceiros	77
6.2.4. A responsabilidade civil credores	78
6.3. A responsabilidade civil dos gestores públicos não executivos	80
7. Conclusões	83
Bibliografia	85

Introdução

O propósito desta dissertação é o estudo da problemática do corporate governance no sector empresarial do Estado. Dada a crescente relevância e actualidade da temática é um convite irrecusável e um desafio motivante.

As modernas sociedades, num espaço de economia global, necessitam de empresas eficientes e eficazes com o objectivo final de criação de riqueza. O alcance destas finalidades pressupõe a existência de um governo societário que contribua decisivamente para o alcance daqueles fins e que introduza uma gestão transparente. Estes objectivos são fundamentais sobretudo se considerarmos as sociedades anónimas como importantes motores do desenvolvimento económico nas actuais economias de mercado.

A importância das sociedades comerciais e da sua boa gestão fundamenta a relevância do tema da responsabilidade civil dos administradores, com especial enfoque no conjunto de deveres dos administradores. Estes deveres conformam toda a actividade dos administradores e é o seu incumprimento que pode dar origem a uma obrigação de indemnização por parte dos mesmos.

Contudo, o instituto da responsabilidade (que também é conformador da actividade dos administradores) não pode condicionar tal actividade a ponto de retirar ao administrador a liberdade de actuação (incluindo a liberdade de correr riscos) e a criatividade inerente à gestão de qualquer sociedade.

Ao Estado cabe a edificação de um sector empresarial que, na prossecução do interesse público, contribua para a elevação do nível de bem-estar da pessoa e da comunidade. Para este efeito, os gestores das empresas públicas devem observar boas práticas de governo que permitem uma maior eficiência, eficácia e transparência de gestão. Para alcançar estes objectivos os gestores destas empresas devem assegurar na sua actividade, o cumprimento dos princípios de *corporate governance* existentes no sector privado e já transportados (em grande medida) para o sector público.

O instituto do *Corporate Governance* no sector público coloca um conjunto amplo de problemas e novos desafios. Iremos pois focar a nossa atenção numa parte destes problemas.

A responsabilidade civil dos administradores constitui um aspecto relevante do *Corporate Governance*, recebendo cada vez maior importância, por constituir meio de aferição da conduta dos administradores e por permitir uma indemnização à sociedade, aos accionistas, a terceiros e aos credores sociais, por danos provocados pelos administradores. O instituto da responsabilidade pode assim contribuir para a boa administração da sociedade, por parte dos seus administradores.

O objecto central do nosso estudo consiste na abordagem da responsabilidade civil dos administradores (gestores públicos) de sociedades anónimas de capitais maioritariamente públicos (prestando-se especial atenção ao conjunto dos deveres dos gestores públicos).

Tratando-se de empresas do SEE, o nosso trabalho exige breves incursões pelo direito público com enfoque no regime aplicável ao sector empresarial do Estado. Contudo, uma vez que o instituto de *corporate governance* no sector público é muito decaído do instituto do *corporate governance* no sector privado, este estudo debruçar-se-á sobretudo sobre o direito privado, nomeadamente sobre o direito das sociedades comerciais.

Por fim, o nosso estudo insere-se no âmbito da ordem jurídica portuguesa, não incluindo um estudo de direito comparado.

Critérios Metodológicos adoptados

1. As fontes das citações serão indicadas em nota de rodapé.
2. A primeira citação de uma obra inclui todos os elementos que conduzem a sua identificação na lista bibliográfica final.
3. Na segunda citação de uma obra serão indicados apenas nome de autor, o título de forma abreviada e número de página ou páginas citadas.
4. Citações feitas a documentos electrónicos indicarão a página de acesso e a data em que foi consultado.
5. Os documentos electrónicos citados serão indicados na lista bibliográfica final.
6. A citação de jurisprudência indicará o Tribunal e data e o relator
7. Da lista bibliográfica final consta toda a bibliografia consultada e não apenas aquela que é citada durante o texto.
8. A bibliografia estrangeira será indicada na língua de origem.

Abreviaturas:

CC – Código Civil

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CVM – Código dos Valores Mobiliários

EGP – Estatuto do Gestor Público

EPE – Entidade Pública Empresarial

LOPTC – Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal de Contas

OCDE – Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento

RJSEE – Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado

SEE – Sector Empresarial do Estado

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal de Contas

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

RCM – Resolução do Conselho de Ministros

1. O sector empresarial do Estado

1.1. Considerações gerais

O SEE representa uma parte relevante da economia nacional. São totalmente detidas pelo Estado algumas das maiores empresas nacionais e o quadro de participações sociais do Estado integra a titularidade de acções de relevantes empresas, algumas cotadas em bolsa. Os sectores de actividade com maior peso são a saúde, os transportes e o financeiro.

Em 31 de Dezembro de 2008 o Estado detinha directamente, através da Direcção-Geral do Tesouro e Finanças um universo de 89 empresas públicas cujo valor nominal atingia os 12 593 M €. O peso do SEE no PIBpm teve um aumento de 0,7% em 2008 que, em comparação com 2007, correspondeu a um crescimento de 4,1% para 4,8%. O número médio de trabalhadores do SEE cresceu 8,93%, correspondendo a 3,17% do emprego total, considerando o importante peso da saúde¹. A observação destes dados permite concluir que o SEE desempenha um papel importante na economia nacional, motivado pelo seu peso específico e pelas áreas em que intervém.

A participação do Estado na economia, como agente, tem como fundamento a satisfação das necessidades da comunidade, sendo a edificação de um sector empresarial forma de concretização do princípio constitucional de bem-estar². A prossecução do bem-estar representa uma das tarefas principais do Estado, susceptível de análise sob diferentes perspectivas³, reconhece um conjunto de necessidades da pessoa e da comunidade que, pelas suas características, o Estado está adstrito a satisfazer. Este princípio vincula o Estado a um “dever de agir”⁴ de acordo com as necessidades da comunidade, procurando desenvolver a qualidade de vida da pessoa e a qualidade de vida no país, tendo por critério as necessidades de cada momento, o curto, médio e longo prazo, as especificidades locais, regionais e o todo nacional.

¹ Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, Relatório do Sector Empresarial do Estado de 2009, pág. 59 a 61, disponível em www.dgtf.pt, consultado em 11-10-2009.

² Cfr. Artigo 9.º d), artigo 81.º a) da CRP.

³ Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pág. 14, estabelece três perspectivas do princípio de bem-estar: uma material, imaterial e temporal.

⁴ Sofia Tomé D'Alte, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 39.

A existência de meios de produção do Estado numa economia mista, coloca a questão dos limites à iniciativa pública e dos princípios que informam tal iniciativa. O Estado ao participar na economia como agente, não o faz de acordo com o mesmo grau de liberdade dos privados, “a criação de meios de produção pelo Estado ou por outras entidades públicas está sujeita ao princípio geral da competência”⁵, por outro lado o Estado está vinculado à persecução do interesse público e ao princípio da legalidade.

1.2. A evolução do sector empresarial do Estado

Resultado de profundas mudanças políticas, económicas e sociais ocorridas em Portugal, o SEE sofreu consideráveis alterações nas últimas décadas.

A existência de empresas com capitais públicos não é nova. Antes de 1974 já existiam empresas públicas. Com o novo contexto político é neste ano que o mapa-múndi do SEE começa a alterar-se. Portugal conhece um forte processo de nacionalizações e um aumento considerável do peso do Estado na economia, numa óptica de estatização da actividade económica⁶. A consequência lógica foi a implantação de um quadro legal conformador da nova realidade. Em primeiro lugar foi aprovada a constituição de 1976 que, na sua versão original, continha profundas marcas ideológicas como o princípio da irreversibilidade das nacionalizações e o encerramento de muitos sectores da actividade económica à iniciativa privada.

Neste contexto em que a empresa pública era considerada fundamental, foi aprovado o Decreto-Lei nº 260/76 de 8 de Abril, que estabelecia as bases gerais das empresas públicas, adoptando um conceito de empresa pública muito restrito. Nos termos do art.º 1 n.º 1 do Decreto-Lei nº 260/76 de 8 de Abril eram consideradas públicas as empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, para a exploração de actividades de natureza económica ou social, de acordo com o planeamento económico nacional, tendo em vista a construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e socialista e que correspondem às actuais EPE's.

⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, anotação por Rui de Medeiros, pág. 29.

⁶ António Gervásio Lérias, *Evolução do Sector Empresarial do Estado*, in *Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado* (obra colectiva org. de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, pág. 27.

O Estado detinha amplos poderes de superintendência, que se traduziam na definição de objectivos e na orientação de actividades e de poderes de tutela do governo exercidos pelo Ministro das Finanças e pelo ministro do respectivo sector. As empresas públicas eram fortemente acompanhadas pelo governo através da autorização de diversos actos de gestão⁷, sendo, portanto, a sua liberdade de actuação limitada. Os titulares dos órgãos sociais (conselho de administração e comissão de fiscalização) eram nomeados e destituídos pelo governo. Estas empresas regiam-se pelo respectivo regime jurídico que definia as bases gerais das empresas públicas e subsidiariamente pelo direito privado. No âmbito deste regime as sociedades comerciais de capitais públicos, ou, sociedades anónimas de capitais públicos, não eram consideradas empresas públicas⁸.

Um outro diploma relevante foi a aprovação do estatuto do gestor público pelo Decreto-Lei n.º 831/76 de 25 de Novembro, que viria a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 464/82 de 9 de Dezembro, que aprovou um novo estatuto do gestor público. Neste regime, os administradores das sociedades comerciais de capitais públicos não eram considerados gestores públicos.

A mudança do contexto político, social e económico teve como resultado alterações ao texto original da CRP de 1976, através das sucessivas revisões constitucionais. A revisão constitucional de 1982 esbateu o socialismo patente na primeira versão do texto, tendo-se assistido a uma maior flexibilização do sistema económico. A principal consequência da revisão constitucional de 1989 consistiu no fim do princípio da irreversibilidade das nacionalizações.

Com o desenvolvimento económico, político e social, com a entrada de Portugal na então designada Comunidade Económica Europeia o modelo de intervenção do Estado na economia altera-se. Começam a surgir novas estruturas de empresa de capitais públicos, inspiradas em modelos de direito privado, mormente o modelo de sociedade anónima. O recuso a este tipo de sociedades era considerado benéfico, “não tanto pela sua autonomia formal – que a tem, por via da personalidade jurídica – mas mais pela sua autonomia operativa”⁹. A transformação das empresas públicas, nos termos do Decreto-Lei nº 260/76 de 8 de Abril, em sociedades anónimas de

⁷ António Pinto Duarte, Notas Sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais, in Estudos Sobre o Novo Sector Empresarial do Estado (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000, pág. 63.

⁸ Cfr. Art.º 48 do Decreto-Lei n.º 260/76 de 8 de Abril.

⁹ António Pinto Duarte, Notas Sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais...pág. 64.

capitais públicos, a partir do final da década de 80, “foi na grande maioria dos casos a privatização material (total ou parcial) das empresas”¹⁰, fez nascer a necessidade de alterar o regime jurídico do SEE. Nessa medida foi publicado em o livro branco do SEE.

A evolução do SEE nas últimas décadas culmina com a publicação do Decreto-Lei n.º558/99 de 17 de Dezembro (RJSEE), que traça uma nova configuração do SEE e um conceito de empresa pública distinto. O RJSEE foi revisto pelo Decreto-Lei n.º 300/2007 de 23 de Agosto (tendo sido ainda alterado pela Lei n.º 64 – A/2008 de 31 de Dezembro). É, também, de salientar a aprovação da RCM n.º 49/2007 de 28 de Março que define os princípios de bom governo das empresas do SEE e a aprovação de um novo estatuto do gestor público através do Decreto-Lei n.º 71/2007 de 27 de Março.

1.3. A organização da administração pública e o sector empresarial do Estado

Nas últimas décadas tem-se assistido a uma crescente procura por parte da administração pública de formas jurídico-privadas de actuação. Com este propósito tem-se assistido ao nascimento de pessoas jurídicas de direito privado, criadas por órgãos da administração pública e que têm por escopo de actuação competências que, em primeira linha, pertencem aos diferentes órgãos da administração pública, como o Estado¹¹.

As vantagens da utilização do direito privado pela administração pública foram sistematizadas por Maria João Estorninho que estruturou um conjunto de seis critérios¹²:

- 1) A maior facilidade na criação e extinção de instituições;
- 2) Favorecimento da descentralização e autonomia, possibilidade de criação de âmbitos de responsabilidade próprios e autónomos; menor influência partidária;
- 3) Libertação de regras de direito público;

¹⁰ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Privatização de Empresas Públicas e Empresarialização Pública, in *Miscelâneas*, n.º3, Coimbra, IDET/Almedina, 2004, pág. 61.

¹¹ Paulo Otero, *Legitimidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 304.

¹² Maria João Estorninho, *A Fuga Para o Direito Privado, Contributo Para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1999, pág. 59 a 66.

- 4) Adopção de processos de decisão e actuação mais flexíveis, desburocratizados, rápidos, transparentes e eficientes, sujeição às regras de mercado e de concorrência, maior possibilidade de obter resultados mais rentáveis; maior diversidade de bens e serviços a oferecer no mercado;
- 5) Maior diversidade de meios de financiamento, redução de custos administrativos, possibilidade de benefícios fiscais;
- 6) Maior flexibilidade de cooperação com outras entidades públicas, a possibilidade de apelo à sociedade civil e de utilização de iniciativa privada.

Contudo, a mesma autora apresenta desvantagens, considerando que o perigo da utilização de formas jurídico-privadas consiste sobretudo na possibilidade de “ a administração, através de uma «fuga para o direito privado», se libertar das suas vinculações jurídico-públicas.”¹³.

Dentro do nosso estudo, enquadrado no âmbito do SEE, a questão da “ fuga para o direito privado” coloca-se não tanto pela aplicação subsidiária do direito privado, mas sobretudo pelo recurso a pessoas colectivas de personalidade jurídica privada, nomeadamente sociedades comerciais integradas na administração pública.

Do actual conceito de empresa pública decorre que estas são sociedades comerciais reguladas pelo direito privado, não qualificadas como pessoas colectivas de direito público¹⁴. O Estado exerce um poder geral de controlo de gestão, não existindo para o efeito, um poder de tutela ou de superintendência.

Contudo a estas empresas podem ser aplicadas regras de direito administrativo se, conforme prevê o art.º 14 do RJSEE, exercerem poderes e prerrogativas de autoridade de que goza o Estado, designadamente: expropriação por utilidade pública; utilização, protecção e gestão das infra-estruturas afectas ao serviço público; licenciamento e concessão, nos termos da legislação aplicável à utilização de domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer actividade nos terrenos, edificações e outras infra-estruturas que lhe estejam afectas. Esta possibilidade é excepcional e terá de ser prevista nos respectivos estatutos. Na prática dos actos constantes do art.º 14 do RJSEE, as empresas públicas são equiparadas a entidades administrativas¹⁵.

¹³ Maria João Estorninho, *A Fuga Para o Direito Privado...* pág. 68.

¹⁴ Nuno Cunha Rodrigues, “Golden Shares” As Empresas Públicas e os Privilégios do Estado Enquanto Accionista Minoritário, Coimbra Editora, pág. 79.

¹⁵ Cfr. Art.º 18 do RJSEE.

Para mais o art.º 18 do RJSEE estabelece que para a prática de actos constantes do art.º 14 do RJSEE, são equiparadas a entidades administrativas.

Estas sociedades são criadas pelo Estado, ou tornam-se empresas públicas mediante a aquisição de participações sociais que determinem uma influência dominante do Estado, prosseguem o interesse público, estão adstritas aos direitos fundamentais, aos princípios constitucionais que conformam a actividade administrativa¹⁶, ao princípio da legalidade, a jurisdição do Tribunal de Contas e em situações muito específicas, decorrentes do supra citado art.º 14 do RJSEE, às normas procedimentais e jurisdição administrativa. Considerando o quadro da organização administrativa pública estas empresas são parte integrante da administração indirecta, “ poderá mesmo dizer-se, em consequência, que a instrumentalização destas entidades privadas, em moldes semelhantes aos que ocorrem com os entes públicos integrantes da administração indirecta relativamente à pessoa colectiva pública que os gerou, cria hoje uma administração indirecta privada”¹⁷.

Já as EPE`s são pessoas colectivas de direito público, conforme o art.º 23 n.º 1 do RJSEE. Do seu regime resulta a sua autonomia administrativa financeira e patrimonial¹⁸, sujeitando-se à tutela económica e financeira do governo, que é exercida pelo Ministro das Finanças e pelo ministro do respectivo sector de actividade e ao poder de superintendência. Estas considerações conjugadas com o regime de criação, transformação, cisão e extinção, determinam a sua integração na administração indirecta.

A utilização do direito privado para a edificação de um sector empresarial tem por objecto a prossecução do interesse do órgão da administração pública que a fez nascer assim como o interesse da comunidade. A maior flexibilidade relativamente à gestão e administração, a possibilidade de entrada de investimento privado sem que o Estado perca a sua posição dominante, constituem motivos para a obtenção de resultados mais eficientes e de maior eficácia. A questão é saber quais as áreas em que determinados bens e/ou serviços possam ser prestados por sociedades comerciais ou por uma EPE. O critério determinativo deve atender racionalmente ao tipo de serviço que se pretende prestar e ao interesse público.

¹⁶ Paulo Otero, *Legitimidade e Administração Pública...* pág. 798.

¹⁷ Paulo Otero, *Legitimidade e Administração Pública...* pág. 305.

¹⁸ Cfr. Art.º 25 n.º 1 do RJSEE.

1.4. A empresa pública

1.4.1. O conceito de empresa pública

O actual regime jurídico do SEE está previsto no Decreto-lei n.º 558/99 de 17 de Dezembro, revisto pelo Decreto-lei n.º 300/2007 de 23 de Agosto e alterado pela Lei n.º 64 – A/2008 de 31 de Dezembro. O quadro legislativo actual estabelece, comparativamente ao revogado Decreto-Lei nº 260/76 de 8 de Abril, uma alteração substancial do conceito de empresa pública e uma nova organização do SEE.

Nos termos do art.º 3 nº 1 do RJSEE são empresas públicas, as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outra entidade pública estadual possa exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta uma influência dominante. Os critérios que delimitam a existência de uma influência dominante são os seguintes: 1) titularidade da maioria do capital social de uma empresa ou dos direitos de voto; 2) direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.

O novo conceito de empresa pública emerge da influência de alguns ordenamentos jurídicos próximos¹⁹ mas sobretudo do direito derivado da União Europeia, nos termos da Directiva 80/723/CEE de 25 de Junho de 1980, alterada pela Directiva 93/84/CEE de 30 de Setembro e pela Directiva 2000/52/CE da Comissão. Para o direito comunitário uma empresa pública é “ qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a regem. Presume-se a existência de influência dominante quando os poderes públicos, directa ou indirectamente detenham, relativamente à empresa:

- a) detenham a maioria do capital subscrito da empresa, ou
- b) disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa, ou
- c) possam designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa”²⁰.

¹⁹ Tânia Cardoso Simões, *Empresa Pública e Sector Empresarial do Estado: Breve Estudo de Direito Comparado*, in *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado* (obra colectiva org. de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, pág. 208.

²⁰ Art.º 2 da Directiva n.º 80/723/CEE de 25 de Junho.

Para além destas empresas, de natureza jurídica privada, são também consideradas empresas públicas, conforme resulta do art.º 3 n.º 2 e do art.º 23 do RJSEE, as pessoas colectivas públicas, dotadas de personalidade jurídica pública, de natureza empresarial, criadas pelo Estado, designadas por EPE (que correspondem às antigas empresas públicas nos termos do Decreto-Lei nº 260/76 de 8 de Abril).

A empresa pública nos termos do regime vigente é, segundo António Pinto Duarte, caracterizada pelos seguintes critérios: "Um de natureza formal – a empresa pública é uma sociedade constituída de acordo com a lei comercial. Outro de natureza substancial/funcional, assente na influência dominante que o Estado ou outras entidades públicas possam exercer sobre a sua orientação ou gestão."²¹.

São também parte integrante do SEE as empresas participadas. A respectiva definição encontra-se no art.º 2 n.º 2 do RJSEE. É considerada empresa participada uma organização empresarial que tenha uma participação permanente do Estado ou de outra entidade pública Estadual, de carácter administrativo ou empresarial, por forma directa ou indirecta, desde que o conjunto das participações não se enquadre nos critérios que delimitam o conceito de influencia dominante. Estas empresas não são empresas públicas, o que é parte integrante do SEE é participação de que este é titular²². Do sector empresarial do Estado, não fazem parte sociedades anónimas intervencionadas, isto é, sociedades de capitais privados de gestão pública.

A empresa pública pode ser constituída quer por capitais exclusivamente públicos ou por capitais mistos. O critério para qualificar uma empresa como pública é determinado pela existência ou não de uma influência dominante. Num contexto em que mais de 50% do capital social é propriedade do Estado, não há dúvida da respectiva qualificação como empresa pública. Maiores dificuldades podem surgir quando numa empresa o Estado é titular da maioria do capital social, numa percentagem inferior a 50%, ou apesar de não ter a maioria do capital social designa a maioria dos membros dos órgãos de administração. A resposta começa por uma abordagem constitucional. Dispõe o art.º 82 n.º 2 da CRP que o sector público é constituído pelos meios de produção cuja propriedade e gestão pertencem ao Estado ou outras entidades estaduais. Partindo da lei fundamental e do conceito de empresa

²¹ António Pinto Duarte, *Notas Sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais ...* pág. 67.

²² Ver o art.º 6 n.º 2 do RJSEE. Este preceito estabelece que a integração das empresas participadas no SEE, faz-se pela respectiva participação, nomeadamente no que refere ao seu registo e controlo, exercício de direitos do Estado como accionista que deve ter consideração as prerrogativas do Estado como accionista decorrentes do RJSEE e demais legislação aplicável.

pública definido pelo legislado ordinário, são empresas públicas as sociedades em que o Estado tenha a possibilidade de designar e destituir a maioria dos órgãos de administração e de fiscalização e nas que detenha a titularidade da maioria do capital social²³. Nos casos em que o Estado seja titular de uma percentagem minoritária do capital social, mas que detenha a maioria dos direitos de voto, a qualificação como empresa pública depende do respectivo controlo efectivado pela capacidade de nomear a maioria dos órgãos de administração e de fiscalização.

1.4.2. O regime jurídico das empresas públicas. Em especial as sociedades anónimas de capitais públicos

Considerando o conceito de empresa pública e o objecto do nosso trabalho, a nossa análise nesta sede vai incidir sobre empresas públicas sob a forma jurídica de sociedade comercial.

O RJSEE ao estabelecer que as empresas públicas são sociedades requer uma interpretação conjugada com o art.º 1 do CSC, com a finalidade de se compreender o seu alcance. Estabelece o art.º 1 n.º 2 do CSC que são sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e que adoptem um tipos de sociedade previstos no CSC. O art.º 1 n.º 4 do CSC prevê a possibilidade de serem constituídas sociedades civis de tipo comercial, que não pratiquem actos de comércio e que adoptem um dos tipos de sociedade comercial previsto no CSC. As empresas públicas, na forma de sociedade, constituídas nos termos da lei comercial são sociedades comerciais, podendo ainda ser possível a constituição de sociedades civis sob a forma societária. A quase totalidade do SEE é constituída por sociedades anónimas, a leitura do RJSEE permite concluir que o tipo a adoptar será o de sociedade anónima, contudo a lei não afasta a possibilidade de serem constituídas sociedades comerciais de outro tipo.

A lei prevê a constituição destas sociedades comerciais nos termos da lei comercial. A interpretação deste preceito exige alguma ponderação. O acto constitutivo da sociedade é o contrato, acontece que nas mais das vezes os Estatutos destas empresas são aprovados por decreto-lei. O art.º 7 do RJSEE estabelece que as empresas públicas são reguladas pelo respectivo regime, pelo diploma que tiver

²³ António Pinto Duarte, *Notas Sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais ...* pág. 71.

aprovado os respectivos estatutos e pelo direito privado. O diploma que aprova os estatutos é o Decreto-Lei. O art.º 7 do RJSEE estabelece que as empresas públicas são reguladas pelo respectivo regime, pelo diploma que tiver aprovado os respectivos estatutos e pelo direito privado. A constituição destas sociedades nos termos da lei comercial, não afasta a sua constituição por via de decreto-lei, tendo de interpretar extensivamente o preceito neste contexto²⁴. O legislador quando prevê a constituição de sociedades nos termos da lei comercial, atende, mais do que ao momento inicial da sua criação, sobretudo ao respeito pela lei comercial no momento em que nascem no que concerne à sua organização e funcionamento²⁵.

O art.º 7 n.º 1 do RJSE estabelece a regulação pelas empresas, salvo o que estiver previsto no respectivo RJSEE e nos respectivos estatutos, pelo direito privado. Como empresas públicas, prosseguindo fins de interesse público, compreendem especificidades próprias que devem ser observadas., contudo enquanto sociedades comerciais, são reguladas pelas normas que as regem. A remissão constante do preceito, aplicável a sociedades comerciais, é sobretudo para o direito comercial, em especial o direito das sociedades comerciais, e apenas depois o direito civil.

A aplicabilidade para o direito privado demonstra uma intenção de aplicar a estas sociedades um regime idêntico às sociedades comerciais privadas. No entanto não pretende ser tão abrangente que faça aplicar na totalidade o regime da CSC de forma equiparável às empresas privadas. O próprio CSC contém normas especiais aplicáveis às empresas públicas. Não é exigível um número mínimo de cinco accionistas no momento da constituição da sociedade nos termos do art.º 273 n.º 2 do CSC; a sociedade não é dissolvida, nos termos do art.º 464 n.º 3, se o número de accionistas for inferior ao mínimo legal exigido; segundo o art.º 348 n.º 2 al.) b do CSC às sociedades de capitais públicos não é aplicável a proibição de emissão de obrigações de sociedades cujo contrato esteja definitivamente registado há menos de um ano; a designação de administradores é regulada por legislação específica, pelo previsto no art.º 391 n.º 11 do CSC, aplicando-se, este preceito, às EPE, a eleição dos gestores públicos para sociedades anónimas de capitais públicos é regulada pelo CSC. A equiparação de regime não é total e em primeira linha o regime jurídico das empresas públicas é o do RJSEE, pelos respectivos estatutos e depois pelo CSC.

²⁴ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, Vol. I, 2.º Edição, Coimbra, Almedina, 2000, pág. 235, em sentido oposto ver Acórdão do Tribunal de Contas n.º 126/2001 de 26 de Junho (Pinto Almeida).

²⁵ António Pinto Duarte, Notas Sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais...pág. 75.

Motivado pela equiparação de regimes, pela intenção destas empresas estarem no mercado em posição de igualdade com os privados, as empresas públicas estão sujeitas às normas jurídicas nacionais e comunitárias de concorrência, sendo que na relação entre estas e o Estado não podem ocorrer situações susceptíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência. O que obriga o Estado enquanto regulador, a actuar de forma igual empresas públicas ou privadas.

Um outro aspecto relevante da qualificação da empresa como sociedade comercial anónima é a controvertida questão do seu escopo lucrativo. Não entrando no debate doutrinário sobre o que a definição de lucro e da sua essencialidade ao conceito de sociedade comercial e se há uma finalidade lucrativa numa empresa pública, pretendemos deixar uma breve nota sobre esta questão à luz do RJSEE. Prevê o art.º 4 do RJSEE que a actividade do sector empresarial do Estado deva ser desenvolvida de acordo com parâmetros de qualidade económica, eficiência e eficácia, contribuindo igualmente para o equilíbrio económico e financeiro do conjunto do sector público. Pode se considerar que os resultados devem pelo menos evitar prejuízos e resultados deficitários. Este objectivo aparece na segunda parte do preceito, ou seja não é o principal objectivo do sector empresarial do Estado. O primeiro objectivo que decorre da primeira parte do preceito é a obtenção de níveis adequados da satisfação das necessidades da colectiva. Ou seja a prossecução do interesse público. O elemento lucrativo não essencial ao conceito de empresa pública²⁶, independentemente da consideração da finalidade lucrativa.

1.4.3. A função accionista do Estado

A função accionista do Estado é exercida pela Direcção-Geral do Tesouro e Finanças (art.º 10 do RJSEE) sob a direcção do Ministro das Finanças, com poderes de delegação, por despacho conjunto com o ministro do sector onde a empresa se insere. A função accionista do Estado pode ser exercida por uma empresa pública em que o Estado detenha a totalidade do capital social. Apesar do exercício da função accionista do Estado ser equiparada ao accionista privado, o Estado tem um poder geral de controlo de gestão, motivado pelas orientações de gestão (art.º 11 do RJSEE) e pelos deveres gerais de informação e controlo (art.º 13 do RJSEE).

²⁶ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, Vol I... pág. 242.

A função accionista do Estado é exercida com base nas orientações de gestão, previstas no art.º 11 do RJSSE. Estas orientações de gestão compreendem: orientações estratégicas, definidas por resolução do Conselho de Ministros destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado (actualmente definidas pela RCM n.º 70/2008 de 22 de Abril); orientações gerais destinadas a um conjunto de empresas do mesmo sector, mediante despacho do Ministro das Finanças e do ministro do respectivo sector; orientações específicas, definidas por despacho do Ministro das Finanças e do ministro da tutela do respectivo sector, ou de deliberação accionista, consoante se tratem de uma EPE ou de uma sociedade, destinadas individualmente a uma empresa pública. A verificação do cumprimento destas orientações releva para posterior avaliação do desempenho dos gestores públicos.

As orientações definidas, reflectem-se na vida da empresa. Nas sociedades comerciais através das deliberações da assembleia-geral, no caso de uma EPE na preparação e aprovação dos planos de actividade e investimento, como nos contratos de gestão a celebrar com gestores públicos²⁷.

1.4.4. Deveres especiais de informação e controlo

O recorte jurídico do controlo das empresas públicas é bipolar. No que concerne às empresas que tem como forma jurídica a comercial, existe um poder geral de controlo e gestão que é realizado pela função accionista do Estado. Em contraste numa EPE o governo exerce os respectivos poderes de tutela económica e financeira²⁸.

O controlo geral de gestão confere ao Estado os direitos de informação de um accionista privado previstos no CSC, e nas situações aplicáveis no CVM e para além destes, um conjunto de deveres especiais de informação que devem ser prestados ao Estado, nos termos do art.º 13 n.º 1 do RJSEE.

O escopo destes deveres é reportar ao Ministro das finanças e do respectivo sector de actividade ou através das sociedades comerciais públicas que detenham a totalidade do capital social, um conjunto de informação que envolve: projectos dos planos de actividade; projectos de orçamento e de investimentos; documentos de

²⁷ Dimitilde Gomes, O Código de Governo das Empresas Públicas, in Revista da Banca n.º 65 (Janeiro/Julho de 2008), pág.58.

²⁸ Luís Morais, As Relações Entre o Estado e as Empresas Públicas na Sequência da Aprovação pelo Decreto-lei n.º 55/99 de 17 de Dezembro, in Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado (obra colectiva org. de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, pág. 110.

prestação de contas e relatórios de execução orçamental entre outros. Para além destes elementos devem constar outros dados sobre a vida da sociedade. Este controlo, visa o acompanhamento próximo da realização dos objectivos da empresa a curto, médio e longo prazo, e o controlo da sustentabilidade financeira da empresa. Por outro lado há uma obrigação de relatar anualmente a situação financeira e económica da empresa, nos termos do art.º 13- A do RJSSE. Por fim devem os órgãos de gestão por motivos de transparência, divulgar a sua estrutura, a competência curricular dos mesmos, a sua remuneração, entre outros elementos, nos termos do art.º 13- B nº 1 do RSSE. Esta divulgação, sobretudo destinada ao grande público procura a evitar desconfianças relacionadas com a designação titulares dos órgãos sociais.

Da leitura da lei resulta uma preocupação de amplitude razoável sobre a situação económica e financeira da empresa. O legislador procura garantir um controlo do Estado, relativamente aos aspectos financeiros das empresas públicas, que compete à Inspeção-Geral de Finanças. O objectivo é garantir a adopção de medidas internas que visem um controlo interno adequado e a fiabilidade da informação financeira. Este controlo financeiro compreende a análise da sustentabilidade da empresa e da respectiva legalidade, economia, eficiência e eficácia da gestão. Como escreve Jorge F.F. Tavares “ toda a actividade de gestão exige, para a sua eficácia, um bom sistema de controlo, podendo mesmo considerar-se indissociáveis os sistemas de gestão e controlo”²⁹.

O controlo financeiro pela Inspeção-Geral de Finanças não afasta o exercício do controlo pelo Tribunal de Contas. Nos termos da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas, previsto na Lei n.º 96/97 de 26 de Agosto, alterada pelas Lei n.º 35/2007 de 13 de Agosto e pela Lei n.º 48/2006 de 29 de Agosto, as empresas públicas estão sujeitas á jurisdição e controlo do Tribunal de Contas nos termos do art.º 2 n.º 2 al. b) da LOFTC. O Tribunal de Contas visa o controlo da legalidade da actividade financeira pública, o que representa uma forma de garantir a confiança e transparência, que se exige ao sector público empresarial, nomeadamente as empresas detidas pelo Estado.

²⁹ José Tavares, O Tribunal de Contas e o Controlo do Sector Público Empresarial, in Estudos Sobre o Novo Regime Sector Empresarial do Estado (obra colectiva org. de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, pág. 185.

1.5. O interesse público

Quando se estuda o regime jurídico do sector empresarial do Estado, os princípios de governo para as empresas do SEE, entende-se que a actuação das empresas públicas deve ser de acordo com o interesse público³⁰.

Como decorre do art.º 266 n.º 1 da lei fundamental a administração pública actua de acordo com o interesse público. Compete também aos órgãos administrativos, nos termos do art.º 4 do CPA, prosseguir o interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. O respectivo conceito está ligado ao bem comum e à satisfação das necessidades da comunidade, distinguindo-se da administração privada. Este é fundamento de toda a actividade administrativa³¹.

A definição do que é o interesse público³², pertence à lei, a actuação a prossecução do interesse público é uma decorrência do próprio princípio da legalidade, a razão da actividade administrativa é definida por lei. Contudo nas mais das vezes cabe à administração pública desenvolver o interesse público, dentro das margens definidas pela lei, no âmbito dos fins que a prosseguir. A vinculação ao interesse público dos órgãos da administração pública não levanta dúvida, mas a actuação destes pressupõe um poder discricionário na sua actuação.

Independente da posição sobre o papel do Estado na economia, sobre a existência ou não de um princípio da subsidiariedade ou de um princípio de compatibilidade entre o sector privado e público³³, o critério para a intervenção do Estado na economia tem como fundamento, limite e critério o interesse público³⁴. E como decorre deste critério exige-se a ponderação dos benefícios que podem ser obtidos para a economia face à intervenção pública³⁵. Quando é fundada uma empresa pública no âmbito do SEE, ou uma empresa no espaço mais amplo que representa o sector público empresarial, os critérios para a conformação dos sectores de actividade devem ter por escopo a

³⁰ O resulta da leitura do art.º 4 do RJSEE; II i) 7 dos princípios de bom governo do sector empresarial do Estado estabelecidos pela resolução do conselho de ministros n.º 49/2007 e no capítulo II dos princípios da OCDE para o governo das empresas públicas.

³¹ Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado...* pág. 167.

³² Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, 1988, pág. 37.

³³ Na defesa do princípio da subsidiariedade, João Pacheco de Amorim, *As Empresas Públicas no Direito Português em especial, as Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 102, Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado...* pág. 46; defendendo o princípio da compatibilidade ver Rui de Medeiros, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II...pág. 28.

³⁴ Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado...* pág.126.

³⁵ Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado...* pág. 205 e pág.206.

satisfação das necessidades da comunidade, o bem comum e a concretização do princípio do bem-estar, independentemente da actividade ser exercida ou não numa área vedada à iniciativa privada, nos termos da Lei n.º 88-A/97 de 25 de Julho.

Se a criação de empresas públicas deve corresponder à prossecução do interesse público, como parte integrante da administração pública as empresas públicas estão vinculadas ao interesse público, quer pela CRP quer pelo respectivo regime. Prevê o art.º 4 que a actividade destas empresas deve orientar-se no sentido da obtenção de níveis adequados da satisfação das necessidades da colectividade. A decisão de criação de empresa nasce sempre de um juízo de necessidade para a comunidade e sobre os benefícios que essa criação envolve.

Não é apenas o nascimento destas empresas que deve corresponder ao interesse público. A própria actividade destas empresas envolve a sua prossecução. É o que resulta do art.º 4 do RJSEE, que prevê o princípio geral da missão das empresas públicas e do SEE, estabelecendo que estas empresas devem orientar-se no sentido de obtenção de níveis adequados de satisfação das necessidades da colectividade. A gestão da empresa deve ser orientada de acordo interesse colectivo, ou o interesse público, mesmo nas empresas privadas apesar de nestas o interesse accionistas privados devam ser atendidos. O interesse público nestas sociedades comerciais deve ser concretizado na actividade económica desenvolvida, é o próprio objecto social que deve ser determinado pelo interesse público. A prossecução do interesse público é desenvolvida pelos princípios de bom governo para as empresas públicas³⁶, que requerem uma actuação de acordo com os interesses da colectividade.

É também do interesse geral que as empresas públicas exerçam as suas competências de forma eficiente, como decorre do respectivo regime (art.º 4 do RJSEE). A eficiência, como ensina a ciência económica, consiste na impossibilidade de aumentar o bem-estar de um agente sem que um outro veja diminuído o seu nível e utilidade (corresponde ao conceito de óptimo de Pareto).

³⁶ Cfr. N.º II – i) da RCM n.º 49/2007.

2. Do *corporate governance* em geral

2.1. Colocação do problema

Corporate Governance consiste na expressão, que significa governo ou governação de sociedades comerciais, cujo objecto se enquadra num conjunto de problemáticas relacionadas com a vida societária. O governo das sociedades não implica apenas problemas de natureza jurídica, é do interesse de vários agentes e estudiosos, como economistas, gestores, empresários, sendo por isso objecto de estudo e de análise de diversas áreas do saber.

Sem pretender um estudo exaustivo da evolução do *corporate governance*, é nossa intenção, com o objectivo de compreender a importância do instituto, sintetizar alguns aspectos centrais do seu desenvolvimento.

O termo *corporate governance* remonta a 1932, tem origem norte-americana a quando da divisão proposta por alguns autores entre propriedade e controlo³⁷.

O debate sobre esta temática, iniciado nos Estados Unidos, já existe há algumas décadas. Investigações ao caso watergate, revelaram que a campanha eleitoral do Presidente Nixon, fora financiada ilegalmente e isto porque as regras de governação societárias não se mostravam adequadas. Já nos anos 90, são aprovados os *Principles of Corporate Governance da American Law Institute*. Mais recentemente, e depois dos escândalos da Enron e da Worldcom, assistiu-se a uma profunda reforma do direito societário dos Estados Unidos da América com a publicação do *Sarbanes-Oxley Act*. Os referidos escândalos “vieram colocar a luz de alerta sobre os procedimentos de tutela e controlo de empresa”³⁸.

Já em 1998, a OCDE, publica uma proposta de princípios de *corporate governance*, que viria a ser aprovada em 1999, sendo posteriormente revista em 2004. Este conjunto de princípios é a primeira iniciativa inter-governamental que reúne um quadro de princípios não vinculativos sobre o funcionamento e gestão societária.

³⁷ António Menezes Cordeiro, Do Governo das Sociedades: A Flexibilização Dogmática Continental, in Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos, Homenagem da Faculdade de Direito e Lisboa, Coimbra, Almedina, 2007, pág., 94. I

³⁸ André Pinto Rocha, O Governo das Sociedades Anónimas In “O advogado” – n.º 29 (Out 2006), p.6-8.

O debate relativo à corporate governance chegou ao *velho continente* através do Reino Unido. Resultado de alguns escândalos, é publicado, em 1992, o Cadbury Report.

Na União Europeia, o debate sobre os problemas do governo das sociedades, fica marcado por diversas intervenções no ordenamento jurídico que consubstanciaram-se num conjunto de actos normativos, recomendações e estudos³⁹. Em Novembro de 2002, é publicado o Winter report que promove o estudo do governo das sociedades. Já em 2003, a comissão pública uma comunicação ao conselho e ao parlamento tendo por objectivo “modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades da União Europeia – Uma estratégia para o futuro”. Diversos actos normativos demonstram a relevância dada pelo ordenamento jurídico comunitário aos problemas relacionados com o governo das sociedades, sobretudo em relação a sociedades cotadas⁴⁰.

Em Portugal, a CMVM publicou recomendações sobre o governo das sociedades cotadas e regulamentos sobre deveres de informação dos administradores. Em 2006, é publicado o livro branco sobre *corporate governance* em Portugal. Neste ano procede-se a uma profunda revisão do CSC, pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de Março, que reflecte princípios de *corporate governance*.

A matéria do *corporate governance* abrange um conjunto diversificado de temas societários, nomeadamente: a organização e estrutura da sociedade, as formas de designação da administração, a remuneração dos administradores, os deveres e a responsabilidade dos titulares dos órgãos de gestão e fiscalização, os meios de controlo interno e externos, os direitos dos accionistas, as formas de relacionamento com os *shareholders* e *stakeholders*, mormente trabalhadores, credores e fornecedores⁴¹.

Os problemas do governo das sociedades nascem das divergências entre o interesse dos sócios e o fenómeno de separação entre propriedade e gestão, ou seja da separação entre *ownership* e *control*, por outro lado pode haver interesses

³⁹ Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008, pág. 15.

⁴⁰ Para um maior desenvolvimento ver Klaus Hopt, Desenvolvimentos Recentes da Corporate Governance na Europa: Perspectivas Para o Futuro. Trad. de Rui Dias in Miscelâneas, n.º 5, Coimbra, IDET/Almedina, 2008, pág. 11 a 39.

⁴¹ António Pereira de Almeida, Sociedades Comerciais, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág.525, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Governação das Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina, 2006 pág. 6 e 7, Paulo Fernando Bandeira - Princípios de *Corporate Governance* e a Reforma dos Modelos Societários, in Boletim da Ordem dos Advogados, N.º 41 (Março-Abril 2006), pág.27.

assimétricos entre gestores e accionistas e entre os próprios accionistas. Outras das grandes questões da problemática do *corporate governance* estão relacionados com o desempenho dos administradores, *agents* na terminologia anglo-saxónica que nas mais das vezes administram coisa alheia⁴². Nesta medida, o seu desempenho deve estar vinculado a um conjunto de deveres cuja violação deve ter consequências na determinação da responsabilidade dos mesmos. Por outro lado os problemas da governação das sociedades incluem a relação desta com terceiros, designados por *stakeholders*, que por regra, têm interesse no sucesso financeiro da empresa.

Para uma procura continuada das soluções para os problemas de *corporate governance* várias são as fontes podendo ter, ou não, natureza jurídica. No campo jurídico, diversas são as fontes para o governo das sociedades, neste âmbito, sedimenta-se a distinção entre a *hard law* e *soft law*. A primeira tem natureza imperativa, a segunda é recomendatória. Em regra, e numa perspectiva histórica, estas precederam as primeiras.

Os princípios da boa governação são, em primeiro lugar, destinados a sociedades anónimas, nomeadamente sociedades abertas, em que o capital está aberto ao investimento público, contudo devem também ser alargados a outras sociedades, quer sejam abertas ou não (isto é não se enquadrem nos pressupostos do art.º 13 do CMV, que define os critérios para que uma sociedade anónima seja considerada aberta), quer sejam empresas públicas ou privadas.

Uma sociedade comercial é a estrutura jurídica da empresa, esta é um corpo artificial sem existência humana, sendo uma organização de pessoas que dão vida a uma empresa, com o fim de realizarem uma actividade de natureza económica. O seu objectivo é a criação de riqueza, a maximização do bem-estar social e a maximização do valor da empresa de acordo com o interesse dos accionistas. Estes objectivos podem ser de difícil compatibilização, pense-se nas externalidades negativas e nos monopólios. Por isso, deve existir uma conciliação entre o interesse dos accionistas em maximizar resultados e o bem-estar social. O quadro normativo relativo ao *corporate governance* é bom se introduzir modelos de organização e práticas que maximizem o bem-estar⁴³. Os princípios de boa governação devem contribuir para o

⁴² Rui Pinto Duarte, *Escritos Sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 74.

⁴³ Carlos Francisco Alves, *Uma Perspectiva Económica Sobre as (novas) Regras de Corporate Governance*, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007...pág. 176.

funcionamento de uma economia de mercado global, contribuir para facilitar os fluxos de capital, para aumentar a confiança dos investidores e de todos aqueles que, de alguma maneira, se relacionam com uma determinada empresa.

2.2. Os princípios do *corporate governance*

Os objectivos dos princípios do *Corporate Governance* são essencialmente procurar a eficiência e a transparência na gestão das sociedades comerciais. Diversas são as boas práticas que devem ser seguidas para a governação de uma sociedade. Nesta matéria destacamos, os princípios de *corporate governance* da OCDE, publicados em 2004, que revêem princípios publicados em 1999⁴⁴, formando um conjunto de recomendações não vinculativas, com origem inter-governamental. Também no CSC e no CVM estão patentes princípios da boa governação, aqui com força vinculativa.

Muitos podem ser os objectivos para uma boa governação societária. Contudo apontamos os seguintes aspectos principais: adequada estrutura, transparência, fiscalização, responsabilidade⁴⁵, tratamento equitativo dos *shareholders* e respeito pelos interesses dos *stakeholders*.

A escolha do modelo de organização deve ter como critérios: o objecto social, que consiste no tipo de actividade que a sociedade desenvolve; o tipo de accionistas; a dimensão da empresa; formas e métodos de desenvolvimento e de crescimento. O modelo deve estar condicionado à realidade de cada empresa, porque cada empresa é uma realidade única e irrepetível. Não se pode aplicar à estrutura organizativa da sociedade, o princípio *one size fits all*.

Como já referimos, a transparência é um factor decisivo para o bom funcionamento da sociedade. Esta é garantida por uma ampla divulgação de informação a qual deve incluir um grande grupo de questões com o objectivo de transmitir os principais aspectos da empresa aos accionistas, potenciais investidores e público em geral. Esta deve tendencialmente abranger: os resultados financeiros e as principais operações empresariais; remunerações dos administradores e principais directores; divulgação relativa aos maiores grupos de accionistas e direitos de voto; as principais transacções

⁴⁴ OCDE, Principles of Corporate Governance, disponível em www.cgov.pt, consultado em 11-10-2009.

⁴⁵ Paulo Fernando Bandeira, Princípios de *corporate governance*...p. 28.

efectuadas; factores de risco; a estrutura de organização e práticas empresariais⁴⁶. Para assegurar a transparência de gestão é recomendado uma auditoria à empresa. A divulgação de informação, sobre a forma como é conduzida a gestão societária, sobre o estado da empresa, resultados e perspectivas futuras, factores de risco do negócio e a credibilidade da mesma constituem fonte de uma maior confiança dos accionistas, do mercado e do público em geral, o que vai potenciar o interesse de novos investidores

O princípio com maior relevância, em matéria de fiscalização é o da segregação entre órgãos de administração e de fiscalização. Apesar da separação, os titulares dos órgãos de fiscalização devem conhecer a forma de gestão da sociedade com alguma profundidade. Por este motivo a sua pertença ao conselho de administração pode permitir uma maior e mais eficiente fiscalização, motivada pelo juízo independente da vida da sociedade, que por essa razão é constituída por administradores independentes, garantindo uma fiscalização com um maior grau de confiabilidade.

A responsabilidade dos órgãos de gestão e administração, ocupa um lugar central no debate sobre governação das sociedades, em razão do reforço de uma ideia de controlo e de confiança nos administradores. Estes devem actuar de forma informada, diligente e no melhor interesse da sociedade, devendo tratar de forma justa diferentes grupos de accionistas, quando uma determinada decisão os afecte de forma distinta⁴⁷. Por outro lado, há com os padrões éticos de conduta dos gestores. Apesar dos princípios éticos não resolver o problema do comportamento dos gestores, a existência de códigos de ética pode favorecer a confiabilidade e constituir um bom guia de actuação.

Os princípios de bom governo adoptam como uma boa prática empresarial a adopção de medidas que assegurem um tratamento equitativo dos accionistas, sobretudo minoritários. Os accionistas investem na empresa capital do qual são proprietários, tendo o legítimo direito de serem informados sobre a vida da sociedade, de participar nas assembleias-gerais, de obter resultados financeiros com o seu investimento e de obter ressarcimento de danos quando os seus direitos foram violados. A protecção dos *stakeholders* que podem transmitir um importante contributo para a vida empresarial, é concretizada pelo respeito pelos direitos destes

⁴⁶ OCDE, Principles of Corporate Governance, part one, V e part II two V.

⁴⁷ OCDE, Principles of Corporate Governance, part one, VI e part II two VII.

estabelecidos por lei ou por contratos celebrados com a empresa; pelo direito de acesso aos Tribunais para que possa ser ressarcido de eventuais danos.

As boas práticas a nível nacional e internacional recomendam uma conduta dos administradores com elevados padrões éticos da conduta, o que pode ser fonte de maior confiança nos administradores no cumprimento do interesse social. Os padrões e recomendações éticas não resolvem o problema do comportamento dos gestores, mas podem ser um bom guia de actuação.

O *corporate governance* exige, nas palavras de João Calvão da Silva “ honestidade, competência, profissionalismo, e cumprimento efectivo das responsabilidades de cada um na posição que ocupa, com a eficiência a transparência e a *accountability* que o devem caracterizar a revelarem-se decisivas para a confiança dos investidores e para a performance das economias nacionais num mercado global mais exigente e concorrencial.”⁴⁸.

2.3. O *corporate governance* no código das sociedades comerciais

Não pretendemos neste lugar, uma introdução de grande amplitude relativa à sedimentação dos princípios do *corporate governance* no CSC. O nosso objectivo é definir de forma sistemática, princípios fundamentais de *corporate governance* estabelecidos no CSC.

Destes princípios destacamos:

1. O direito à informação, consagrado no art.º 21 n.º1 al. c) e no art.º 288 e seguintes do CSC. O exercício dos direitos dos accionistas, depende do rigor e da transparência da informação.
2. Os modelos de estrutura de organização e fiscalização das sociedades. O legislador português, consagra no art.º 278 do CSC três modelos. O modelo monista ou clássico que compreende um conselho de administração e um conselho fiscal; o modelo anglo-saxónico composto pelo conselho de administração no qual é parte integrante uma comissão de auditoria e um

⁴⁸ João Calvão da Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, Da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007, pág.107.

revisor oficial de contas e por, último, o modelo germânico, composto por um conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas.

3. Os diversos direitos dos accionistas. Direito à informação, à participação nas assembleias-gerais, o direito de eleger e destituir membros dos órgãos sociais e de participar nos lucros.
4. A vinculação dos administradores a um dever de cuidado e de lealdade e de diligência, nos termos do art.º 64 do CSC. Este tema do dever de diligência dos administradores é central no corporate governance.
5. Responsabilidade dos administradores - As normas relativas à responsabilidade civil dos administradores, prevista no art.º 72 e seguintes do CSC. A gestão de uma implica um risco, risco que não é semelhante ao do accionista. No decurso da sua função, o administrador pode por acção ou omissão praticar um acto que provoque um dano à sociedade e ser obrigado a um ressarcimento de quem sofreu um dano.

3. A governação das sociedades comerciais no sector empresarial do Estado

3.1. A problemática do *corporate governance* nas empresas públicas

A generalidade das empresas públicas integra-se no mercado em igualdade de circunstâncias com as empresas privadas, muitas vezes, em concorrência. O interesse público, a utilização de recursos públicos, a criação de riqueza, a eficiência e a transparência da gestão justificam a adopção de códigos de bom governo que, em conjunto com normas de *hard law*, possam contribuir para uma gestão eficiente e geradora de bem-estar conforme ao bem comum.

O governo das sociedades em que o Estado ou outras entidades públicas estaduais exercem uma influência dominante, coloca, pelo menos, os seguintes problemas de *corporate governance* no sector público: como é a actuação Estado enquanto accionista e parte relacionada; como se promove a concorrência; como é que são efectivados os direitos dos accionistas privados; como são garantidos os direitos de terceiros relacionados com a empresa pública; quais as formas de tomada de decisão; quais os modelos de administração e de fiscalização; que deveres têm os administradores ou gestores públicos; quais as consequências da violação desses deveres; em que circunstâncias são responsabilizados pelos seus actos. O nosso estudo vai incidir neste último aspecto, exigindo, por isso, a análise dos respectivos deveres.

A eficiência e a transparência destas empresas são do interesse de cada cidadão que, como contribuinte, é o accionista indirecto da empresa e nas mais das vezes destinatário final da actividade empresarial, podendo relacionar-se com a empresa de outras formas, assumindo, por exemplo, as posições de: trabalhador, credor ou fornecedor. Cada cidadão acaba por ter um cruzamento ontológico com a empresa. Por isso é justificável um alto grau de exigência em relação aos resultados da mesma, e um melhor nível de informação da vida societária o que permite não apenas um conhecimento melhor do desenvolvimento da actividade empresarial como potencia a confiança e a transparência.

O *corporate governance* no sector público apresenta algumas diferenças comparativamente ao sector privado. O debate sobre o governo das sociedades procura assegurar a protecção dos accionistas, sobretudo dos titulares de uma

percentagem reduzida de capital social. Nas empresas públicas o capital não se encontra tão disperso, contudo, há uma preocupação na protecção dos interesses dos restantes accionistas que, devem ser considerados e protegidos. Por outro lado, a distinção entre propriedade e controlo desenvolve-se com uma amplitude distinta, é que o Estado enquanto accionista tem poderes de maior amplitude, comparativamente ao accionista privado, que decorrem dos deveres especiais de informação e controlo. Contudo, o interesse desta temática no sector público tem relevância idêntica face ao privado.

3.2. Os princípios do bom governam para o sector público

O processo de modernização do sector público empresarial, a sua relevância, a necessidade de implantar boas práticas de gestão e organização das empresas, a publicação dos princípios de *corporate governance* da OCDE⁴⁹ para as empresas públicas, tiveram como consequência a aprovação pelo Conselho de Ministros da RCM n.º 49/2007 de 28 de Março, que aprovou os princípios de bom governo para as empresas públicas.

A RCM n.º 49/2007, inspirada pelos princípios de bom governo da OCDE para as empresas públicas⁵⁰, pretende alargar os princípios de *corporate governance* às empresas do SEE e ao comportamento do Estado no seu relacionamento com estas empresas⁵¹. O objectivo da resolução é contribuir para um maior grau de transparência e eficiência destas empresas e a adopção das melhores práticas nacionais de governação societária. A RCM n.º 49/2007 pretende contribuir para uma melhoria progressiva do governo das empresas públicas através do desenvolvimento de uma actividade empresarial de acordo com as boas práticas de governo das empresas⁵².

O desenvolvimento do *corporate governance* tem conhecido a aprovação de muitos códigos de bom governo complementares à *hard law*. Neste contexto, a palavra código não tem o mesmo significado técnico com que é normalmente utilizada. Os códigos de

⁴⁹ OCDE, Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, disponível em www.cgov.pt, consultado em 11-10-2009.

⁵⁰ Os princípios de bom governo da OCDE para as empresas públicas não afastam a aplicabilidade dos princípios de *corporate governance* da OCED.

⁵¹ Dimitilde Gomes, O Código de Governo das Empresas Públicas, in Revista da Banca n.º 65 (Janeiro/Julho de 2008) ...pág. 62.

⁵² Cfr. Preâmbulo da RCM n.º 49/2007

bom governo são um catálogo de recomendações sem coercibilidade⁵³ e tendem a ser considerados numa perspectiva complementar em relação à *hard law*. Acontece, porém, que nem todos os códigos de bom governo revelam esta natureza. Os princípios de bom governo para o SEE que, constituem um quadro complementar em relação ao RJSEE, ao EGP, ao CSC e se aplicável ao CVM, constituem um código de bom governo de natureza imperativa. O não cumprimento dos princípios de bom governo, deve ser justificadamente fundamentado, e pode apenas ocorrer quando as empresas públicas que, em razão da sua dimensão ou especialidade, não estejam em condições de cumprir alguns dos princípios de bom governam, ou por força do interesse público ou por força de interesses comerciais legítimos. As razões do não cumprimento, para além da respectiva fundamentação (*comply or explain*), devem enunciar medidas complementares que tenham em alternativa.

O código de bom governo para as empresas públicas, possibilita entre outros aspectos, considerando o escopo do nosso estudo: a densificação de alguns conceitos indeterminados, mormente, os deveres dos titulares dos órgãos de administração⁵⁴; tende a influenciar a vida da sociedade e as decisões dos accionistas e dos titulares dos órgãos sociais; permite uma maior divulgação de informação relativa à sociedade e um maior grau de exigência em relação aos resultados desta.

A densificação dos deveres do código de bom governo pode contribuir para uma melhor avaliação do desempenho dos gestores. Um outro aspecto relevante consiste na contribuição destes princípios relativamente à aprovação de códigos de ética que, não alterando a dimensão humana dos gestores, são um valor acrescido e positivo para o desempenho dos gestores e do restante mundo que representa uma empresa.

A organização sistemática da RCM n.º 49/2007 compreende uma primeira parte relativa aos princípios relativos ao Estado enquanto accionista e *stakeholder*; uma segunda parte que prevê os princípios relativos às empresas públicas; e uma terceira parte que elenca os princípios relativos à divulgação de informação. A RCM 49/2007 não se aplica da mesma forma a todo o SEE. O Estado não se relaciona com as empresas públicas da mesma forma com que se relaciona com as empresas participadas, pelo que às empresas participadas apenas se aplicam os princípios

⁵³ Paulo Câmara, Códigos de Governo das Sociedades, in Cadernos dos Valores Mobiliários n.º 15, Dezembro de 2002, pág. 66.

⁵⁴ Paulo Câmara, Códigos de Governo das Sociedades, in Cadernos dos Valores Mobiliários... pág.72.

constantes da primeira parte da RCM n.º 49/2007, na relação que o Estado estabelece com estas.

3.2.1. Princípios dirigidos ao Estado

A RCM n.º 49/2007 estabelece, como princípio conformador do exercício da função accionista do Estado, ou do exercício do poder de tutela, a transparência. O alcance da transparência é garantida pela identificação expressa dos membros do Governo e, quando aplicável, dos serviços da administração pública que exercem aquela função e pela divulgação dos actos de maior relevância no exercício destas funções.

O Estado deve definir as orientações estratégicas e os objectivos a prosseguir pelas empresas em que detenha uma influência dominante. Nas empresas participadas, o Estado deve, participar activamente e com níveis de informação adequados, nas assembleias-gerais destas empresas, contribuindo para a fixação de estratégias e dos objectivos das empresas participadas.

A Direcção-Geral do Tesouro e Finanças tem vindo a assegurar a participação do Estado nas assembleias-gerais das empresas participadas, onde o Estado detenha uma participação social superior a 5%, assim como, nas sociedades consideradas mais relevantes. Para além das orientações estratégicas, foram aprovados objectivos de gestão para um universo de 70 empresas⁵⁵.

O Estado deve assegurar que as empresas públicas disponham de adequados mecanismos de fiscalização, controlo, e avaliação e, no caso de empresas cotadas em bolsa, o respectivo cumprimento das melhores práticas de governo nacionais e internacionais.

O Estado deve garantir, a separação entre os órgãos de tutela e a função accionista, de outros órgãos que exercem outras funções, como por exemplo a regulação da actividade económica. Os serviços e organismos da administração pública, independentemente das respectivas atribuições, devem actuar de forma idêntica quer com empresas públicas, quer com empresas privadas.

⁵⁵ Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, Relatório do Sector Empresarial do Estado de 2009, pág. 73 e 74.

O código de bom governo prevê uma adequada protecção e respeito dos direitos e interesses dos accionistas minoritários. Enquanto cliente e fornecedor o Estado deve cumprir todas as obrigações a que está vinculado, actuar segundo critérios de mercado, independentemente da posição dominante do Estado.

3.2.2. Princípios relativos às empresas públicas

O conjunto de objectivos de uma empresa pública requer o alcance de conjunto de resultados social, ambiental e economicamente eficientes, no respeito pelos princípios da responsabilidade social, desenvolvimento sustentável e da satisfação das necessidades da colectividade, concretizando a actividade de interesse público que as empresas públicas devam prosseguir.

As empresas detidas pelo Estado devem elaborar planos de actividade e orçamentos adequados aos recursos e fontes de financiamento disponíveis, considerando os objectivos destas empresas, bem como definir estratégias de sustentabilidade social, económica e ambiental, identificando, para o efeito, os instrumentos de planeamento, execução e controlo.

A RCM n.º 49/2007 prevê que, anualmente cada empresa, informe os membros do governo e, quando aplicável, os serviços e organismos da administração pública que exercem o poder de tutela ou a função accionista, e o público em geral, da forma como foram alcançados os respectivos objectivos e a forma como foi prosseguida a respectiva missão, responsabilidade social, desenvolvimento sustentável,

O código de bom governo para as empresas públicas estabelece um conjunto de boas práticas relevantes. Constituem exemplo: o tratamento equitativo dos *stakeholders*; a divulgação dos procedimentos em matéria de aquisição de bens e serviços; critérios relativos à adjudicação baseados na eficiência e no tratamento segundo o princípio da igualdade entre os concorrentes; a divulgação de uma lista com as transacções que tenham ocorrido fora de condições de mercado; divulgação de lista de fornecedores que sejam representativos de uma percentagem superior a 5% do total de fornecimentos externos, se estes 5% forem superiores a um milhão de euros; os negócios da empresa devem ser efectuados com integridade; as empresas devem adoptar um código de ética; fomentar planos de igualdade de oportunidades.

As boas práticas contempladas para o SEE definem um conjunto de recomendações quanto a estrutura de gestão e de administração. Os princípios de bom governo definem que a estrutura dos órgãos de fiscalização e de administração devem ser ajustados à dimensão e à complexidade de cada empresa, com o objectivo de assegurar uma gestão eficaz de processos de tomada de decisões e garantir uma efectiva supervisão. O número de membros dos órgãos deve atender a cada sociedade, não devendo ser diferente do número normal de administradores de empresas privadas comparáveis.

As empresas públicas devem ter um modelo de gestão que assegure a separação entre o órgão de administração executiva e de fiscalização. As empresas de maior dimensão devem especializar a função de supervisão através da criação de comissões especializadas, entre as quais uma comissão de auditoria ou uma comissão para as matérias financeiras, conforme o modelo adoptado. Desde a reforma do CSC foram aprovados novos modelos de governo em 27 sociedades⁵⁶.

Do código de bom governo para as empresas públicas emerge um conjunto de recomendações dirigidas aos gestores públicos. As remunerações dos gestores públicos devem publicitadas, assim como, as respectivas regalias e benefícios. Em relação a eventuais conflitos de interesse, os administradores devem evitar intervir em decisões que envolvam o seu interesse, designadamente na aprovação de despesas por si aprovadas. Além disso, devem declarar à Direcção-Geral de Tesouro e Finanças qualquer participação patrimonial que detenham na empresa, bem como relações relevantes que mantenham com os fornecedores, clientes, instituições financeiras ou outros parceiros de negócios susceptíveis de gerar conflitos de interesse.

Por fim, uma referência ao dever dos órgãos sociais divulgar publicamente de imediato todas as informações que tenham conhecimento e que sejam susceptíveis de afectar a situação económica, financeira ou patrimonial da empresa, ou a sua condição de prestação de serviço público, agindo de forma idêntica à que se encontra estabelecida para a prestação deste tipo de informação aos accionistas por parte das empresas admitidas à negociação em mercado regulamentado, com a excepção fundamentada no interesse público e no interesse empresarial, designadamente em

⁵⁶ Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, Relatório do Sector Empresarial do Estado de 2009, pág. 74.

caso de informação estratégica, confidencial, segredo comercial ou industrial ou na protecção de dados pessoais.

3.2.3. Divulgação de informação

As informações relativas aos princípios de bom governo devem estar publicadas na internet num *site* a criar pela Direcção-Geral de Tesouro e Finanças. O que não põe em causa a divulgação pública, no *site* das empresas públicas, de informação sobre as mesmas. Das informações devem constar os elementos essenciais da empresa, nomeadamente: informação financeira, histórica e actual, identidade e o curriculum vitae dos titulares dos órgãos da empresa. Os *sites* devem ser actuais, de acesso universal, livre e gratuito. As empresas públicas devem criar um provedor, quando se justifique, um provedor do cliente. Por fim uma referência ao dever de incluir nos relatórios de gestão de um ponto relativo ao governo da sociedade.

A Informação relativa ao governo das sociedades contribui para uma maior confiança, credibilidade e fiabilidade do comportamento global das empresas do SEE.

Uma nota final para o cumprimento dos princípios de bom governo. O seu cumprimento ainda não é integral, mas tem-se assistido a um nível progressivo do respectivo cumprimento, consubstanciado na adaptação das empresas ao código de bom governo e legislação conexa.

4. A estrutura dos órgãos de administração de sociedades anónimas de capitais públicos.

4.1. A estrutura dos órgãos de administração das sociedades comerciais

A palavra administração é polissémica: por um lado designa uma actividade constituída por uma série de actos tendentes a um fim concreto, por outro lado, designa o órgão que exerce a actividade de administrar⁵⁷ composto pelos respectivos titulares. Como refere Luís Brito Correia, “o órgão de administração da sociedade caracteriza-se pela composição, pela competência e pelo seu funcionamento”⁵⁸. Em traços gerais conforme emana do art.º 405 do CSC, a competência da administração consiste na gestão e representação da sociedade. O conselho de administração concentra em si os poderes de gestão tendo em vista a realização do objecto social. A administração da sociedade deve prosseguir as suas competências de acordo com o fim para o qual a empresa foi constituída.

Anteriormente à publicação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de Março, o direito das sociedades comerciais, materializava a existência de duas estruturas relativas aos órgãos de gestão e de fiscalização: o modelo monista ou clássico e o modelo dualista ou germânico. A reforma do CSC introduziu profundas alterações na estrutura do governo das sociedades aumentando o número de opções de modelos de governo. A lei admite desde 2006 o designado modelo anglo-saxónico. A reforma permitiu uma maior liberdade de escolha do modelo de governo das sociedades comerciais e uma maior liberdade de conformação estatutária, dentro dos modelos tipificados na lei que são taxativos.

Os modelos de governo das sociedades estão tipificados no art.º 278 n.º 1 do CSC, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de Março. De seguida apresentamos em traços gerais as características dos modelos previstos na lei:

a) Modelo monista ou clássico

O art.º 278 n.º 1 al. a) do CSC prevê o modelo monista ou clássico constituído pelo conselho de administração e conselho fiscal. Este modelo comporta outros sub-

⁵⁷ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais...* pág.37.

⁵⁸ Luís Brito Correia, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pág. 51.

modelos. O órgão de administração pode ser colegial ou, no caso de a sociedade ter capital social inferior a 200,000,00€, unipessoal, conforme o art.º 390 n.º 2 do CSC.

O conselho fiscal pode ser formado por uma pluralidade de titulares ou apenas por um (fiscal único). Nos termos do art.º 278 n.º 3 do CSC, é obrigatório, nos casos previstos na lei, a existência de um revisor oficial de contas que não integre o conselho fiscal. Nas sociedades cotadas em bolsa, que representam as maiores empresas nacionais, é obrigatório a existência de um conselho fiscal e de um revisor oficial de contas, que não integre aquele órgão, nos termos do art.º 413 n.º 1 al. b) e n.º 2 al. a).

Este modelo de governo permite a delegação de poderes de gestão corrente numa comissão executiva ou num ou mais administradores nos termos do art.º 407 do CSC. A delegação de competências não exclui a competência do conselho de administração para deliberar sobre as matérias delegadas, conforme resulta do art.º 407 n.º 8 do CSC. A delegação de competências vincula os administradores delegantes a um dever de vigilância da actuação dos administradores delegados ou da comissão executiva, nos termos do art.º 407 n.º 8 do CSC.

Por último, neste modelo podem ser constituídas diversas comissões como por exemplo uma comissão de análise de risco, uma comissão de remuneração e uma comissão de responsabilidade social.

b) Modelo anglo-saxónico

Nos termos do art.º 278 n.º 1 al. b) do CSC o modelo de governo pode ser constituído por um conselho de administração integrado por uma comissão de auditoria e por revisor oficial de contas.

Grande novidade da reforma da legislação societária de 2006, este modelo é consequência da influência dos ordenamentos jurídicos de *common law*, mormente do direito dos Estados Unidos e do direito britânico. A principal característica deste modelo de governo é a inclusão da comissão de auditoria no conselho de administração, autónoma em relação a este e regulada no art.º 423.º - B e seguintes. Os titulares da comissão de auditoria (administradores não executivos) têm uma dupla função, são

administradores e fiscalizam a actuação dos administradores (executivos)⁵⁹. Desta dupla função emerge a participação activa na vida societária, na definição de estratégias da sociedade. Pelo facto de participarem no conselho de administração, estes têm um acesso facilitado a vasta informação sobre a actividade societária, devendo apreciar com maior rigor o desempenho dos administradores executivos. A dualidade de funções conduz a dicotomias dos regimes de deveres e de responsabilidade dos administradores que serão estudados em sede própria.

Para além desta característica específica deste modelo, é possível a existência de uma comissão executiva, o que é comprovado pelo dever de dos membros da comissão de auditoria participarem nas reuniões da comissão executiva⁶⁰. É também possível a existência de outras comissões especializadas, o que pode permite, de entre outros, a libertação de tarefas de gestão onde ocorram conflitos de interesse e um funcionamento mais flexível do órgão de administração⁶¹.

A lei, no art.º 423.º - B n.º 3 do CSC, prevê que os administradores não executivos não podem exercer funções executivas. Acontece que estes administradores integram o conselho de administração e têm o dever de participar nas reuniões do mesmo órgão (art.º 423 – G n.º 1 al.) b do CSC) e, se existir, nas reuniões da comissão executiva em que se apreciem as contas de exercício (art.º 423 – G n.º 1 al. c). A participação na comissão executiva não se enquadra nos mesmos termos da participação no conselho de administração. O que se compreende na medida em que a delegação de poderes para a comissão de execução envolve actos de gestão corrente⁶² e são estes que estão vedados aos administradores não executivos. Não podem deliberar sobre matérias de gestão corrente, matérias delegáveis ou delegadas⁶³.

Um dos aspectos essenciais do debate relativo ao *corporate governance* é a existência de administradores independentes, em número maioritário, integrantes da comissão de auditoria, obrigatória nas sociedades cotadas em bolsa nos termos do art.º 423 - B n.º 5 do CSC. Estes têm como função essencial supervisionar a gestão da

⁵⁹ Paulo Câmara, Os Modelos de Governação das Sociedades Anónimas, in Reformas do Código das Sociedades, (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET, 2007, pág. 218.

⁶⁰ Cfr. art.º 423- G n.º 1 al. c) do CSC.

⁶¹ Paulo Câmara, Os Modelos de Governação das Sociedades Anónimas in Reformas do Código das Sociedades... pág. 207

⁶² Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Governação das Sociedades Comerciais...pág. 28, define gestão corrente como aqueles actos técnico-operativos quotidianos.

⁶³ Alexandre de Soveral Martins, Comissão Executiva, Comissão de Auditoria e Outras Comissões na Administração, in Reformas do Código das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da colecção Colóquios), 2007, pág.61.

sociedade, especialmente em áreas em que os conflitos de interesse podem ser mais relevantes. Os administradores independentes garantem uma maior credibilidade, não estão relacionados com nenhum grupo de interesses, a sua actuação não é afectada pela circunstância de poderem estar a representar um grupo de interesses.

Por último, a lei societária, no art.º 423 - B n.º4 do CSC, consagra a obrigatoriedade de um dos membros da comissão executiva, ter formação profissional adequada ao exercício da respectiva função.

c) Modelo germânico ou dualista

Este modelo de governo, constituído por conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas, está tipificado na lei através do art.º 278 n.º 1 al. c) do CSC.

Neste modelo de governo os administradores são designados pelo conselho geral e de supervisão ou pela assembleia-geral, no caso de os estatutos o determinarem (art.º 425 n.º 1 do CSC). O regime do conselho geral e de supervisão prevê a possibilidade de este determinar a nomeação e destituição dos administradores, se tal competência não estiver atribuída pelos estatutos à assembleia-geral, fiscalizar as actividades do conselho de administração executivo. Este órgão não congrega poderes de gestão, mas pode influenciar a mesma, se a lei ou o contrato de sociedade estabelecerem que a prática de certas categorias de actos está sujeita a consentimento prévio daquele órgão, nos termos do art.º 442 n.º 1 do CSC. Este órgão tem competências tradicionais do conselho fiscal, recebendo outras que, em traços gerais, são da competência do conselho de administração e da assembleia-geral.

Neste modelo de governo a direcção não se designa por conselho de administração mas por conselho de administração executivo. Este órgão é competente para a gestão executiva da sociedade, não sendo aplicável o art.º 407 do CSC. As respectivas competências não são delegáveis⁶⁴. Repare-se que, por um lado, este órgão é designado por conselho de administração executivo (art.º 424 e seguintes do CSC), não fazendo sentido uma delegação para um órgão com as mesmas funções, por outro lado, o art.º 431 do CSC que estabelece as competências do órgão de administração, no seu

⁶⁴ Paulo Câmara, Os Modelos de Governação das Sociedades Anónimas, in Reformas do Código das Sociedades...pág.229 e Alexandre de Soveral Martins, Comissão Executiva, Comissão de Auditoria e Outras Comissões na Administração, in Reformas do Código das Sociedades... pág. 248.

n.º 3, não remete para o art.º 407 do CSC referente à delegação dos poderes de gestão, remetendo sim para o art.º 406, art.º 408 e art.º 409 todos do CSC.

4.2. A estrutura dos órgãos de administração de sociedades anónimas de capitais públicos

As estruturas de governo das empresas públicas estão previstas nos art.º 18 – A e seguintes do RJSEE. A recente reforma ocorrida em 2007 incidiu de forma relevante neste aspecto, sobre decisiva influência da reforma do CSC operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de Março.

O modelo de governo de uma empresa pública (para os efeitos do nosso estudo sociedades anónimas) é definido, nos termos do art.º 18.º- A do RJSEE, pelo Ministro das Finanças e do respectivo sector de actividade, sem prejuízo da aplicação do CSC, podendo estruturar-se de acordo com qualquer um dos três modelos típicos previstos no CSC. As estruturas de governos das empresas públicas, apesar de algumas particularidades, seguem os regimes previstos na lei societária.

O conselho de administração destas sociedades é integrado por administradores executivos e não executivos, sendo estes em número superior ao daqueles integrando uma comissão de auditoria (art.º 18-B do RJSEE). No caso de o conselho de administração não ser integrado por uma comissão de auditoria a actividade do conselho de administração é acompanhada por um conselho geral e de supervisão (modelo dualista), nos termos do art. 18-B n.º 3 do RJSEE.

O art.º 18.º- C prevê a existência de uma comissão executiva, com poderes de gestão corrente e com os poderes delegados pelo conselho de administração, o que é possível quer no modelo monista quer no anglo-saxónico. O que se pretende é a existência de um conselho de administração com poderes delegados numa comissão executiva. Os administradores não executivos podem ser os administradores delegantes membros do conselho de administração e os membros da comissão de auditoria que integre o conselho de administração.

Nas sociedades que constituídas com conselho geral e de supervisão, este nomeia uma comissão de auditoria.

Se, no caso de ser adoptado o modelo dualista a administração é exercida apenas por administradores executivos. Neste caso é designada pelo conselho geral e de supervisão uma comissão de auditoria nos termos do art.º 18.º - E n.º 2 do RJSEE. Estes não são administradores não executivos (executivos nunca seriam)

A adopção do modelo dualista implica a não existência de administradores não executivos, o que resulta não apenas do CSC mas também do RJSEE (art.º 18 – B n.º 3) e ainda a não consideração dos membros da comissão de auditoria como administradores não executivos (executivos nunca seriam).

A comissão de auditoria prevista no art.º 18.º-E do RJSEE é competente para matérias de fiscalização societária, o que implica no modelo anglo-saxónico, a conjugação com o CSC.

Os princípios de bom governo para as empresas públicas estipulam a existência de uma comissão de auditoria ou uma comissão para as matérias financeiras, consoante o modelo de governo adoptado. O CSC estabelece a criação de comissões para as matérias financeiras em determinadas situações constantes do art.º 444 n.º 2 do CSC. Este preceito, por sua vez, estabelece que estas comissões exercem as funções consignadas no art.º 441 al. f) a al. o) do mesmo preceito do CSC, devendo assistir às reuniões do Conselho de Administração executivo nas reuniões em que sejam apreciadas as contas de exercício, tendo o direito de assistir às restantes reuniões⁶⁵.

Os modelos de governo para as empresas públicas prevêm a existência de uma comissão de avaliação designada pelos administradores não executivos. Se existir conselho geral e de supervisão é este que nomeia a comissão de avaliação. A comissão de avaliação emite anualmente um relatório sobre o grau e as condições de cumprimento das orientações gerais de gestão definidas na lei, por cada exercício. O conselho de administração pode elaborar e aprovar um regulamento que, nos termos do art.º 18.º- G n.º 1 al.) b, crie comissões para além das de auditoria e de avaliação com a definição das respectivas funções, como por exemplo comissões de risco, remunerações, responsabilidade social e de nomeações⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. Art.º 432 n.º 5 e n.º 6 do CSC.

⁶⁶ Paulo Câmara, Os Modelos de Governação das Sociedades Anónimas, in Reformas do Código das Sociedades...pág. 194, considera estas comissões atípicas.

5. Os deveres do gestor público

5.1. Os deveres fundamentais dos administradores

5.1.1. Colocação do problema

A responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais, anónimas ou de outro tipo, requer uma construção, sobretudo em sede de responsabilidade civil perante a sociedade, de um amplo catálogo de deveres. Contudo, os deveres não se justificam apenas na *accountability* dos administradores, tendem a conformar toda a vida do administrador (sobretudo os deveres fundamentais), desempenhando uma função relevante no escrutínio da sua administração e no controlo da forma como administram a sociedade.

Os deveres dos administradores compreendem um conjunto de deveres específicos ao longo do CSC e de outros diplomas legais que, pela sua amplitude, não são susceptíveis de uma análise exaustiva. Contudo, a actividade de administrar, composta por uma grande diversidade de actos, torna impossível, um elenco de deveres num quadro legal fechado⁶⁷. Esta impossibilidade real justifica a existência de deveres fundamentais que conformam normativamente a conduta dos administradores, configurando-se, neste sentido, como critério normativo geral da gestão.

Os deveres fundamentais dos administradores (conforme a epígrafe do respectivo preceito) estão previstos no art.º 64 do CSC. Esta norma foi revista na reforma do direito das sociedades de 2006, passando a ter um conteúdo material distinto.

A anterior redacção do art.º 64 do CSC previa o dever dos gerentes, administradores ou directores de uma sociedade de actuarem com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores. Independentemente de se considerar a adopção pelo legislador, como forma de avaliação da diligência, do critério do bom pai de família⁶⁸

⁶⁷ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social, in Reformas do Código das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da colecção Colóquios), 2007, pág. 17.

⁶⁸ Raúl Ventura/ Luís Brito Correia, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 192, pág. 99 e 100.

(art.º 487 n.º 2 do CC), ou do critério mais concreto do gestor criterioso e ordenado⁶⁹ (que atende às características específicas da função dos administradores), a diligência constituía-se como fonte normativa determinadora do grau de licitude ou ilicitude da conduta dos administradores⁷⁰, e não da respectiva culpabilidade⁷¹. A diligência de um gestor criterioso e ordenado, estabelecendo um critério abstracto de determinação da diligência, representava o fio condutor da actividade do administrador, um guião da respectiva actividade. A anterior redacção proclamava a vinculação dos administradores à prossecução do interesse social, ponderando os interesses dos accionistas e dos trabalhadores. Os administradores deveriam administrar no interesse da sociedade, que era definido pelo interesse dos accionistas, respeitando e considerando os interesses dos trabalhadores.

O Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de Março, deu uma nova redacção aos deveres fundamentais dos administradores, onde se identifica uma forte influência anglo-saxónica. A actual redacção o art.º 64 do CSC tipifica como fundamentais os deveres de cuidado e de lealdade. Os administradores devem observar deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade, adequadas às suas funções e empregando, nesse âmbito, a diligência de um gestor criterioso e ordenado, bem como, deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo ao interesse de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como os trabalhadores, clientes e credores.

Da Comparação entre a actual redacção e a anterior resulta, para além da construção de dois deveres fundamentais, que em certa medida já se depreendiam da anterior redacção, uma nova concepção de diligência. Anteriormente à reforma de 2006, a diligência constituía forma de aferição de ilicitude. Actualmente, a ilicitude é descrita pela violação dos deveres de cuidado e de lealdade, surgindo assim a diligência, como critério aferidor do teor da culpabilidade da conduta do administrador⁷².

⁶⁹ António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, 4ª Edição, completamente reformulada de acordo com o Decreto-Lei n.º 76-A/2006...pág. 223, Pedro Caetano Nunes, *Responsabilidade dos Administradores Perante os Accionistas*, Coimbra, Almedina, 2001, pág. 91

⁷⁰ Manuel Carneiro da Frada, *A Business Judgment Rule No Quadro Dos Deveres Gerais dos Administradores*, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007, pág. 64

⁷¹ Pedro Caetano Nunes, *Responsabilidade dos Administradores perante os Accionistas*...pág. 91

⁷² Cfr. art.º 487 n.º 2 do CC.

Pela anterior redacção, os administradores estavam vinculados a administrar no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores. Na actual redacção, os administradores continuam vinculados a prosseguir o interesse dos sócios, contudo, o âmbito da protecção desses interesses é mais amplo incluindo os interesses de longo prazo. Adicionalmente se, pela anterior redacção, os interesses dos trabalhadores deveriam ser ponderados, o âmbito de ponderação dos interesses dos *stakeholders* é agora mais extenso, abrangendo os interesses dos credores e clientes. Por último, destaca-se a inclusão expressa de um dever de actuação leal do administrador.

Em traços gerais, o dever de lealdade consiste na prossecução do interesse social pelos administradores, evitando retirar benefícios que correspondam a prejuízos societários.

Apesar da consagração legal destes dois deveres fundamentais, o dever de prestar que constitui a relação entre o administrador e a sociedade é o dever de administrar⁷³. Este dever, que constitui a relação entre a sociedade e o administrador, agrega o conjunto dos deveres dos administradores⁷⁴. O dever de administrar decorre do próprio CSC, consistindo o seu fundamento no exercício, pelos administradores, de um conjunto amplo de poderes de gestão na sociedade, nos termos do art.º 405 e art.º 406, ambos do CSC. O dever de administrar, não implicando um dever de tomar decisões adequadas, pressupõe uma gestão conforme ao dever de cuidado, requerendo assim um processo correcto de tomada de decisão.

Os administradores não executivos não estão vinculados a um dever de administrar, pois não exercem funções executivas. Contudo, apesar de não exercerem funções executivas, estão vinculados a um conjunto de deveres de cuidado e de lealdade. Os administradores não executivos, exercendo no âmbito da comissão de auditoria funções de fiscalização, devem assim empregar no exercício dessas funções elevados padrões de diligência profissional, no interesse da sociedade.

⁷³ Manuel A. Carneiro de Frada, A Business Judgment Rule No Quadro Dos Deveres Gerais dos Administradores, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara) ... pág. 66. Pedro Caetano Nunes, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 32, utiliza a expressão dever de gestão.

⁷⁴ Manuel A. Carneiro de Frada A Business Judgment Rule No Quadro Dos Deveres Gerais dos Administradores, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara) ... pág. 66.

Por fim, o catálogo normativo plasmado no art.º 64 n.º 1 al. a) do CSC relativo aos deveres fundamentais, requer ainda um grau de determinação por parte da doutrina e jurisprudência. Refira-se ainda que a análise dos deveres de cuidado e de lealdade não pode ser feita considerando uma separação estanque, implicando, por isso, um cruzamento entre os referidos deveres. Como exemplo desta complementaridade entre o dever de cuidado e de lealdade é o facto de na gestão leal (no interesse da sociedade) implicar uma conduta de acordo com os deveres de cuidado.

5.1.2. O dever de cuidado

O art.º 64 n.º 1 al. a) do CSC consagra o dever de cuidado ou *duty of care* dos administradores. O dever de cuidado na ordem jurídica nacional caracteriza-se por uma forte influência do ordenamento jurídico norte-americano. Para aquela ordem jurídica, a noção de *duty of care* consiste no desenvolvimento de uma administração diligente, compreendendo vários deveres: o *duty of monitor*, que compreende o controlo da informação, pressupondo uma conduta vigilante, a qual deva ser realizada através de *monitoring procedures*, que consistem no processo de controlo e de vigilância; o *duty of inquiry*, que exige aos administradores uma investigação de factos que, eventualmente, possam causar danos à sociedade; um dever de procurar uma decisão equitativa, uma *reasonable decision*; o dever de ter na sua posse um conjunto de dados suficientes para a decisão, ou seja, o dever de uma *reasonable decision making*⁷⁵.

Nos termos do art.º 64 n.º 1 al. a), o dever de cuidado é composto por três distintas manifestações que o administrador deve observar: disponibilidade, competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade. As manifestações do dever de cuidado não apresentam uma natureza taxativa, indo para além das mencionadas manifestações, e impondo-se a toda a actividade da sociedade⁷⁶. Em traços gerais, o dever de cuidado constitui-se como o conteúdo positivo da administração ou da gestão dos administradores, estando presente em toda a actividade da sociedade definindo o modo como a mesma deve ser administrada⁷⁷.

⁷⁵ Pedro Caetano Nunes, *Corporate Governance*...pág. 22.

⁷⁶ Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*...pág. 30

⁷⁷ António Menezes Cordeiro, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades*, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007, pág. 57.

A actividade do administrador comporta um conjunto amplo de actos que requerem o domínio da totalidade dos factores da vida da sociedade, não apenas para definir os critérios de decisão, mas a própria decisão *stricto sensu*. O domínio da totalidade dos factores é alcançado pelo integral cumprimento do dever de cuidado concretizado nas manifestações do art.º 64 n.º 1 al. a) na globalidade da gestão através de uma conduta diligente o que necessariamente implica o cumprimento do dever de efectuar uma boa administração⁷⁸,

A lei introduz como primeira concretização do dever de cuidado a disponibilidade do administrador. Esta disponibilidade não exige exclusividade de funções (apesar das limitações impostas pela proibição de actividade concorrente) ou a presença física diária na sociedade. Isto porque os meios tecnológicos podem suprir a ausência do administrador. O critério da avaliação do tempo que o administrador ocupa com o exercício das funções não é quantitativo mas sim qualitativo⁷⁹. Os administradores devem dedicar um tempo suficiente à sociedade de acordo com as respectivas responsabilidades, o tipo de empresa e a actividade empresarial. O que releva não é tanto o tempo dispendido na gestão da sociedade mas o uso material desse tempo, na medida das necessidades societárias.

A segunda manifestação do dever de cuidado a ser observado na conduta do administrador é o conhecimento da actividade da sociedade. Estabelece-se um dever (e um direito) de obter um grau elevado de informação sobre a vida societária. A obtenção de informação sobre a sociedade consiste numa obrigação (de *facere*) que não é apenas uma obrigação de meios mas é, também, uma obrigação de resultados⁸⁰.

A informação que é requerida pressupõe um processo interno de recolha informativa, um controlo sobre a informação, uma ponderação crítica dos dados obtidos. É exigível, por outro lado, uma relação de ampla confiança entre o receptor e o emissor dos dados.

⁷⁸ Manuel A. Carneiro da Frada, A Business Judgment Rule No Quadro Dos Deveres Gerais dos Administradores, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara) ... pág.68.

⁷⁹ Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva) ... pág. 30 a 31.

⁸⁰ Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva) ... pág. 32.

Os administradores, sobretudo nas grandes sociedades anónimas, não controlam directamente toda a actividade empresarial. Por isso, apenas um bom nível de informação interna transmite de forma adequada os factos relevantes da vivência societária. E é através de um grau qualitativo adequado de informação que se capacita o administrador para tomar decisões adequadas e razoáveis. A informação obtida pelo administrador acaba por receber uma nova importância pela aplicação dos princípios da *business judgment rule*, com origem nos Estados Unidos da América, e com consagração no art.º 72 n.º 2 do CSC.

Em terceiro lugar a lei consagra a exigência de uma adequada competência técnica dos administradores. A avaliação da competência técnica é anterior ao início das funções continuando a imperar no decurso do exercício das mesmas. A competência técnica é um critério relevante para a designação do administrador para o cargo. Exige-se preparação académica, profissional e técnica adequada para o exercício do cargo.

A competência técnica, em sentido estrito, não é um dever. O dever é a demonstração dessa competência, a qual consiste na tomada de decisões razoáveis, empresarialmente racionais, de acordo com um processo adequado. Tal implica uma análise de um universo de dados sobre a realidade societária que devem ser alvo de ponderação. A competência técnica exigível deve corresponder aos conhecimentos adequados e esperados a um administrador.

As decisões dos administradores, nas mais das vezes, implicam riscos, os quais atendendo à discricionariedade dos administradores, devem ser ponderados no concreto de cada medida. A ponderação dos riscos deve procurar evitar afectar (ainda que potencialmente) a subsistência da sociedade e, no caso de sociedade anónima, o valor nominal das acções.

Coutinho de Abreu critica a configuração normativa do art.º 64 n.º 1 al. a), propondo uma divisão dos deveres de cuidado nos seguintes três elementos: dever de controlo, dever de tomar uma decisão procedimentalmente correcta e tomada de decisões com razoabilidade⁸¹. A crítica constitui um contributo para compreender o complexo das problemáticas dos deveres de cuidado. O desenvolvimento destes três deveres

⁸¹ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social... pág. 20.

estabelece um dever de acompanhar a evolução da sociedade, o que implica o acesso a um grau elevado de informação societária e uma disponibilidade suficiente; um dever de preparar as decisões de gestão de acordo com a informação obtida e com as circunstâncias da vida da sociedade; um dever de usar a diligência de um gestor criterioso e ordenado e de procurar tomar decisões razoáveis, devendo decidir por de acordo com o interesse da sociedade.

A segunda parte do art.º 64 n.º 1 al. a) do CSC estabelece que os administradores devem empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Quer isto dizer que, na respectiva conduta, do padrão da diligência adoptado não é do bom pai de família, nos termos do art.º 487 n.º 2 do CC, mas o do gestor criterioso e ordenado, atendendo às especificidades técnicas requeridas e às funções do administrador.

Se, anteriormente à reforma de 2006 (como vimos), a diligência consistia num dever, sendo susceptível de consideração para a desconformidade ou conformidade da actuação dos administradores para efeitos de responsabilidade civil⁸² em sede de ilicitude, hodiernamente, a diligência surge como critério de culpa, consistindo no meio ou forma de avaliação do cumprimento dos deveres pelos administradores⁸³. De acordo com a nova redacção do art.º 64 do CSC, surge como critério determinante do grau de censurabilidade da conduta do administrador por um facto danoso por este praticado. A ilicitude, consistindo num juízo de desvalor de um comportamento que não corresponde ao devido, é determinada pela violação dos deveres dos administradores. O actual quadro normativo plasmado no art.º 64 n.º 1 do CSC estabelece uma separação entre os deveres de cuidado e o grau de cumprimento dos mesmos⁸⁴.

Podemos, contudo, questionar-nos se, apesar de a diligência consistir no critério de aferição do grau de culpabilidade do administrador não pode a mesma ser configurada, em certa medida, como um verdadeiro dever do administrador?

A ilicitude consiste na violação de um dever imposto por uma norma jurídica ao passo que a culpa consiste num juízo de censurabilidade sobre a conduta do agente. Se o anterior preceito, relativamente aos deveres fundamentais dos administradores,

⁸² Manuel A. Carneiro e Frada, A Business Judgment rule no Quadro dos Deveres Gerais dos administradores, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais...pág. 64.

⁸³ António de Menezes Cordeiro, Os Deveres Fundamentais Dos Administradores das Sociedades...pág. 58, considera que a diligência reporta-se ao exercício das funções como um todo e não apenas nos deveres de cuidado.

⁸⁴ Paulo Câmara, Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais...pág. 34.

integrava um verdadeiro dever de diligência, hoje, integra um dever de cuidado, sendo que, nesse âmbito, deve o administrador empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado. A diligência pressupõe uma conduta do administrador, tornando espectável um determinado comportamento do gestor de acordo com a sua missão. Assim a diligência ainda é um critério específico da conduta dos administradores apesar de consistir na medida do cumprimento dos deveres de cuidado⁸⁵. Pode-se, eventualmente, considerar tenuemente a diligência como critério de ilicitude⁸⁶ ou considerar que estes padrões não são susceptíveis de separação prática para a aferição da medida do cumprimento dos deveres de cuidado⁸⁷. A letra da lei dispõe, na segunda parte no art.º 64 n.º 1 al. a), que no cumprimento dos deveres de cuidado, os administradores devem empregar, nesse âmbito, a diligência de um gestor criterioso e ordenado. A diligência é aferida no âmbito do cumprimento ou incumprimento de deveres, pressupondo a existência de deveres de cuidado. Salientamos que o legislador não diz com a diligência, mas sim, empregando no âmbito, a diligência, logo os deveres de cuidado não estão no mesmo plano que a diligência. Não é que não seja exigível a diligência, porque é, acontece, porém, que a diligência que o gestor deve empregar na sua gestão representa um critério aferidor de um conjunto de deveres, sendo forma de avaliação do respectivo cumprimento.

5.1.3. O dever de lealdade

O dever de lealdade fundamenta-se numa actuação correcta dos administradores. Num sentido amplo, impõe-se na relação com a sociedade, com os sócios (no âmbito do nosso estudo accionistas) e com outras partes que intervenham de alguma forma na vida societária. O dever de lealdade tem fundamento na confiança depositada no administrador o qual administram um património alheio.

O dever de lealdade pode ser considerado como um dever acessório de conduta emergente do princípio da boa fé, nos termos do art.º 762 n.º 2 do CC⁸⁸, como acontece na Alemanha. Por outro lado, pode-se considerar que o dever de lealdade

⁸⁵ No mesmo sentido ver, Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008, pág. 35.

⁸⁶ Manuel A. Carneiro e Frada, A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores...pág. 65.

⁸⁷ António Fernandes de Oliveira, Responsabilidade Civil dos Administradores, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008, pág. 274.

⁸⁸ Menezes Cordeiro, Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades...pág. 48.

ultrapassa a conduta reclamada pela boa fé, constituindo uma ponderação ético-jurídica⁸⁹.

Visto isto, o princípio da lealdade pretende assegurar uma conduta dos administradores de acordo com o interesse da sociedade e não de acordo com o seu próprio interesse. O fim da administração é o interesse social e não o interesse pessoal⁹⁰. O administrador retira benefícios da sua actividade como por exemplo: a remuneração, os prémios, o crescimento da experiência profissional, o desenvolvimento do currículo; o que é legítimo e pode até ser benéfico para a sociedade. Assim o que se pretende evitar é um benefício do administrador que prejudique directamente ou indirectamente a sociedade. A lealdade concretiza-se por uma conduta negativa e outra positiva. Na primeira, o administrador está impedido de obter benefícios próprios ou para terceiros em detrimento do interesse social, na segunda, o administrador deve prosseguir activamente o interesse social⁹¹.

A actual redacção do art.º 64 n.º 1 al. b), que consiste no conteúdo fundamental material do *duty of loyalty*, impõe aos administradores uma conduta leal, no respeito pelo interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos accionistas e ponderando o interesse dos trabalhadores, credores e clientes e de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade.

Se a conduta exigível perante todos aqueles com quem se cruza, no exercício das suas funções e por via das mesmas, exige ao administrador um comportamento leal, o grau de consideração dos diversos interesses em jogo não é idêntico. Depreende-se da leitura da art.º 64 n.º 1 al. b) uma hierarquia de valoração de interesses. O administrador deve, em primeiro lugar, atender aos interesses de longo prazo dos accionistas e só depois, ponderar os restantes interesses, nomeadamente os dos *stakeholders*, como os credores, os trabalhadores e os clientes assim numa situação concreta de interesses não conciliáveis, entre os interesses de longo prazo dos accionistas e os dos *stakeholders*, prevalecem os interesses de longo prazo dos accionistas⁹².

⁸⁹ Manuel A Carneiro de Frada, A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores...pág. 70

⁹⁰ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social... pág. 22

⁹¹ Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais... pág. 36

⁹² Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais...pág. 37 e 38.

A actuação segundo o interesse da sociedade exige uma definição de interesse social. A noção de interesse social (que consiste na actividade que a sociedade desenvolve) gerou controvérsia na doutrina, conhecendo-se, para o efeito, duas teorias: a contratualista e a institucionalista: a primeira corrente define interesse social como o interesse comum dos sócios a segunda corrente, define o interesse social para além do interesse comum dos sócios. Nesta segunda corrente distingue-se a teoria da empresa em si e a da pessoa em si. Na teoria da empresa em si, o interesse social não é apenas o interesse dos sócios, mas o interesse comum aos restantes sujeitos, como os trabalhadores. Na teoria da pessoa em si, o interesse da sociedade corresponde ao interesse da sociedade enquanto tal, independentemente de outros interesses, que, em relação aos da sociedade, estão num plano de inferioridade⁹³.

O interesse social é o escopo último da sociedade. É o fim natural ou próprio da vida societária procurando, através de uma organização de factores de produção, prosseguir o interesse daqueles que a fundaram e proporcionar aos seus accionistas um ganho decorrente da sua actividade⁹⁴. A empresa é uma organização, em primeiro lugar humana, do ponto de vista jurídico a sociedade comercial é uma criação do direito que prossegue as finalidades requeridas dos seus fundadores e proprietários. O interesse social é o interesse dos accionistas, mas não um interesse qualquer: não estamos a considerar o interesse individual, que existe, mas sim, o interesse comum dos accionistas.

Conformado o interesse da sociedade como o interesse comum dos accionistas, apesar disso, o art.º 64 n.º 1 al. b) prevê a ponderação de interesses dos *stakeholders*, ou seja, ainda persiste um certo de institucionalismo⁹⁵.

Uma breve nota final nesta sede, relativamente às empresas públicas. O interesse social, como finalidade última empresarial, constitui o fim da empresa, a sua razão de ser, o escopo da sua existência. Por isso, o interesse social é motivado pelo interesse do accionista público que é o interesse público.

O catálogo de interesses a considerar, no âmbito do art.º 64 n.º 1 al. b), tem sido objecto de críticas pela doutrina⁹⁶. Contudo, uma explicação breve dos mesmos pode

⁹³ Tânia Meireles da Cunha, Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, A Culpa Nas Responsabilidades Civil e Tributária, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 44.

⁹⁴ Paulo Olavo e Cunha, Direito das Sociedades Comerciais, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 104.

⁹⁵ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse social...pág. 33.

considerar que os interesses dos sócios ou accionistas de longo prazo reconduzem-se à continuação da actividade da sociedade e a criação de riqueza, sendo defensável considerar-se que a ponderação dos interesses dos *stakeholders* pode contribuir para a capacidade de gerar melhores proveitos financeiros⁹⁷.

A lealdade enquanto dever de conduta consiste num valor ético. A sua presença já era notória no CSC antes de 2006. Actualmente, não é apenas o art.º 64 n.º 1 al. b) que reproduz deveres de lealdade. Outras normas do CSC reconduzem-se ao dever de lealdade que apesar do novo preceito, carece ainda de determinação.

Ao longo do CSC, são considerados deveres de lealdade os seguintes: dever de correcção quando os administradores contratam com a sociedade; dever de não concorrer com a sociedade; dever de não aproveitar, em benefício próprio, oportunidades de negócio societários, assim como bens e informações que obtenha em virtude da sua actividade; dever não abusar do estatuto de administrador e do exercício de funções⁹⁸.

Os contratos entre a sociedade e o administrador não são totalmente proibidos. Contudo, os princípios da transparência e da confiança imprimem algumas limitações à celebração de tais contratos. Desta forma, as sociedades anónimas não podem conceder empréstimos ou créditos aos gestores, efectuar pagamentos por conta deles, prestar garantias por obrigações contraídas pelos gestores nem facultar adiantamentos de remunerações superiores a um mês (art.º 397 n.º 1 e art.º 428 ambos do CSC). Os restantes contratos celebrados entre a sociedade e o gestor para poderem ser considerados válidos necessitam de aprovação do conselho de administração, onde o interessado não pode votar e, havendo conselho fiscal, do respectivo parecer favorável. Esta regra, nos termos do art.º 397 n.º 5 do CSC não é aplicável quando se trata de acto compreendido no próprio contrato de sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao administrador. É ainda vedado aos administradores a celebração de contratos de trabalho e de prestação de serviços com a empresa onde desempenham funções, conforme resulta do art.º 398 n.º 1 do CSC.

⁹⁶ Catálogo criticado por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, ver Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social...pág. 39 e seg.

⁹⁷ Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais, pág. 40.

⁹⁸ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social...pág. 23 e 24, considera, o autor que estes deveres decorrem do dever de lealdade e os dois primeiros são deveres específicos dos administradores.

O exercício de actividade concorrente, por conta própria ou alheia, consiste no exercício de qualquer actividade abrangida no objecto social da sociedade, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos accionistas (art.º 254 n.º 2 e art.º 398 n.º 5). A proibição geral de actividade concorrente pode ser derogada por deliberação favorável da assembleia-geral, nos termos do art.º 398 n.º 3 do CSC.

Uma oportunidade de negócio pertence à sociedade quando está incluída no domínio da actividade da empresa ou quando a sociedade tenha manifestado interesse num determinado negócio. Considera-se uma violação do dever de lealdade, o aproveitamento em benefício próprio de um negócio que se encontre no escopo da actividade da empresa, ou seja, a utilização desse negócio para uma evolução positiva no seu património, com os naturais danos para a esfera jurídica da sociedade. Para além do aproveitamento, em seu benefício, de um negócio do interesse da sociedade, consiste também violação do dever de lealdade o não aproveitamento de um negócio para a sociedade que corresponda aos interesses da mesma, ou seja, de um negócio inserido no âmbito do interesse social. A proibição pode ser derogada por decisão dos sócios, nos termos do art.º 254, do art.º 398 n.º 3 e do art.º 428, todos do CSC.

Compreende-se, no dever de lealdade, a não utilização, pelos administradores, de informações relativas à sociedade⁹⁹. O administrador não pode utilizar informação sigilosa da sociedade nem a pode tornar pública ou utilizar a mesma em benefício próprio.

O administrador deve receber da sociedade apenas o valor da sua remuneração (fixa e/ou variável) e o valor correspondente os prémios.

Por fim, o administrador deve evitar conflitos de interesse. Como organização humana, a sociedade vive sob um vasto núcleo de interesses de diversos agentes. É legítimo que os gestores tenham, no âmbito da sua actuação, interesses particulares. Basta pensar nos benefícios profissionais e financeiros que são legítimos, justificáveis e inerentes ao cargo. Coisa diferente é quando os interesses dos gestores colidem com os interesses da sociedade. De facto, considera-se haver conflito de interesses quando, de uma determinada decisão, possa resultar um benefício para o interesse do

⁹⁹ Cfr. Art.º 449 do CSC.

administrador e um prejuízo para a sociedade. Ou seja, deparamo-nos com uma duplicidade de interesses que, pela sua natureza, são incompatíveis. Assim sendo, nas deliberações em que exista um conflito de interesses entre a sociedade e um ou mais administradores, estes encontram-se na impossibilidade de exercício do direito de voto, nos termos do art.º 410 n.º 6 do CSC, devendo, para o efeito, informar o presidente do conselho de administração (ou conselho de administração executivo) desse facto.

5.2. Os deveres dos gestores públicos

5.2.1. O gestor público

O regime jurídico aplicável aos gestores públicos está previsto no Decreto-Lei n.º 71/2007 de 27 de Março, que aprovou o EGP. Este diploma aplica-se aos membros dos órgãos de administração das empresas públicas (e, portanto, às sociedades anónimas de capitais públicos). A aplicação do EGP aos administradores das empresas do SEE é confirmada pelo seu art.º 1. Este preceito define como gestor público o administrador que for designado para os órgãos de gestão e de administração de uma empresa pública. Por outro lado, o art.º 15 do RJSEE prevê a sujeição dos administradores das empresas públicas ao EGP.

O actual regime jurídico do gestor público prevê a designação, para as empresas do SEE, de um quadro de gestores executivos e não executivos. Se não há dúvidas sobre a identificação dos gestores públicos executivos, é, porém, necessário definir a identidade dos gestores públicos não executivos.

A lei não define o conceito de gestores públicos não executivos. O EGP apenas dispõe, no seu art.º 21, que são gestores públicos não executivos os administradores designados nessa condição. Em termos gerais, o gestor não executivo não desempenha funções de gestão corrente. Integra o conselho de administração, sem fazer parte da comissão executiva, e integra a comissão de auditoria quando está integrada no conselho de administração, conforme o modelo anglo-saxónico.

O EGP exclui, da noção de gestor público, os titulares da mesa da assembleia-geral, os membros da comissão de fiscalização ou outro órgão que não seja competente para funções de gestão e de administração, conforme resulta do Art.º 3 do EGP.

A designação de um gestor público para um órgão de uma sociedade anónima estabelece um vínculo funcional que emerge de uma relação contratual entre este e a sociedade¹⁰⁰. O gestor público é designado nos termos do art.º 12 do EGP. A sua designação é feita por duas vias: por nomeação do governo ou por eleição da assembleia-geral. O método natural de designação numa EPE é a nomeação, enquanto que numa sociedade anónima é o da eleição em assembleia-geral. A nomeação, feita mediante resolução do Conselho de Ministros, é proposta pelo Ministro das Finanças e pelo membro do governo da área em que a actividade se insere. A eleição pela assembleia-geral é, nos termos do art.º 13 n.º 4 do EGP, regulada pelo CSC. Os critérios que definem a respectiva designação (que apresentam um aceitável nível de subjectividade), devem ter por base a respectiva idoneidade, a sua capacidade de gestão e o sentido de interesse público.

O processo de eleição de um gestor público para uma sociedade anónima de capitais públicos é, como vimos, regulado pelas regras do CSC (art.º 13 n.º 4 do EGP), mesmo considerando o art.º 392 n.º 11 do CSC que manda aplicar à nomeação dos gestores públicos o EGP. A remissão para o EGP releva apenas para uma EPE.

A duração do mandato do gestor público é, regra geral, de três anos sendo que os mandatos dos administradores do mesmo órgão coincidem (art.º 15 n.º 1 do EGP). O número máximo de renovações consecutivas do mandato é de três anos, podendo contudo a lei e os estatutos fixar um outro limite (dentro de limite de três anos)¹⁰¹.

Os administradores das empresas do SEE cessam as suas funções mediante as seguintes circunstâncias: fim do mandato de gestor público, dissolução do órgão de administração, demissão do gestor público, dissolução e demissão por mera conveniência.

A dissolução do conselho de administração, comissão executiva, comissão de administração executiva, nos termos do art.º 24 do EGP, não envolve qualquer tipo de compensação ou subvenção. É devidamente fundamentada, pressupõe audiência prévia e é da responsabilidade do órgão de designação. Os motivos que a determinam são os seguintes: grave violação da lei ou dos estatutos da empresa, quer por acção quer por omissão; não observância, nos orçamentos de exploração e investimento,

¹⁰⁰ Luís Brito Correia, *Os Administradores de Sociedades Anónimas...* pág. 375 e seguintes, apresenta um estudo das teorias (contratuais e unilateralistas) relativas à natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade.

¹⁰¹ Cfr. Art.º n.º 2 e n.º 3 do EGP.

dos objectivos fixados pelo accionista de controlo ou pela tutela; desvio substancial dos orçamentos e da respectiva execução; grave deterioração dos resultados do exercício ou da situação patrimonial, quando não provocada por razões alheias ao exercício das funções pelos gestores¹⁰².

O gestor público pode ser demitido, nos termos do art.º 25 do EGP, quando lhe seja individualmente imputada um dos seguintes factos: avaliação negativa do desempenho, designadamente, por incumprimento dos objectivos referidos nas orientações de gestão ao abrigo do RJSEE ou no contrato de gestão; violação grave dos estatutos ou da lei, por acção ou por omissão; violação das normas relativas às incompatibilidades e impedimentos; não cumprimento do sigilo profissional. A demissão compete ao órgão de eleição ou de nomeação, pressupõe audiência prévia, deve ser fundamentada e não contempla qualquer tipo de subvenção ou de compensação¹⁰³.

A dissolução do conselho de administração, da comissão executiva ou da comissão de administração executiva, ou a demissão do gestor público, por mera conveniência, compete ao órgão responsável pela nomeação, não carece de fundamento, pode ocorrer a qualquer altura, tendo o gestor público direito a uma indemnização que corresponde ao vencimento de base que auferiria até ao fim do mandato, com o limite de um ano¹⁰⁴.

O exercício do cargo de gestor público suscita a prática de um considerável universo de actos. A generalidade destes actos apresentam a natureza de actos de gestão privada. Contudo, é concebível a prática pelo gestor público de actos de gestão pública. Estes dois conceitos encontram-se plenamente sedimentados pela jurisprudência e pela doutrina¹⁰⁵. No âmbito de nosso Estudo o tipo de actos praticado pelo gestor apresenta a natureza de actos de gestão privada.

¹⁰² Cfr. Art.º 24 do EGP.

¹⁰³ Cfr. Art.º 25 do EGP.

¹⁰⁴ Cfr. Art.º 26 do EGP.

¹⁰⁵ São actos de gestão privada os actos em que o agente não executa poderes públicos e está numa situação de paridade face a um agente privado. São actos de gestão pública os actos praticados no exercício de um poder público, integrando o exercício de uma função pública.

5.2.2. Os deveres gerais dos administradores e os gestores públicos

O estudo dos deveres fundamentais dos administradores é relevante para os deveres dos gestores públicos. Os gestores públicos são administradores titulares de funções quase na totalidade idênticas às dos administradores de sociedades comerciais de capitais privados.

Do vínculo contratual entre os gestores públicos e as empresas do SEE emerge um dever de prestar essencial, que é o dever de administrar. A aplicação subsidiária do CSC, nos termos do art.º 40 do EGP, ou seja, a aplicação dos deveres de cuidado e dos deveres de lealdade, conforma também as funções do gestor público, mesmo que se considere que os deveres específicos dos gestores públicos se reconduzem aos deveres fundamentais dos administradores.

Mesmo que, eventualmente, se possa considerar que alguns dos deveres próprios ou específicos dos gestores públicos, se reconduzam aos deveres de cuidado e de lealdade, estes continuam a relevar para toda a função de administrar e também em sede de responsabilidade civil. Não se pode deixar de considerar que o art.º 64 n.º 1 do CSC conforma também a actividade do gestor público, sendo que estes deveres, nesta sede, apresentam um grau de complementaridade aos deveres dos gestores públicos que decorrem do EGP. A natureza pública da maioria ou da totalidade dos capitais da empresa não afasta a aplicação do art.º 64 n.º 1 do CSC.

5.2.3. Os deveres específicos dos gestores públicos

Os deveres dos gestores públicos estão previstos no art.º 5 do EGP. Este preceito consagra um conjunto de deveres destinados a estes administradores, especialmente aos administradores titulares de funções executivas. O catálogo dos deveres que vinculam os gestores públicos nas suas funções, compreendem, um conjunto de deveres específicos emergentes do respectivo estatuto, e a aplicação a estes gestores dos deveres fundamentais e específicos dos administradores e a consideração da RCM n.º 49/2007.

O primeiro dever exige o cumprimento dos objectivos da empresa definidos em assembleia-geral ou, quando existam, em contratos de gestão, nos termos do art.º 5 al. a) do EGP. Para além do cumprimento das deliberações dos accionistas, ou do

accionista, em assembleia-geral, o gestor público está adstrito ao cumprimento dos contratos de gestão (art.º 18.º do EGP), obrigatórios nas empresas que prestem serviços de interesse geral (art.º 19 e seguintes do RJSEE).

Além dos aspectos relacionados com a remuneração¹⁰⁶, os contratos de gestão definem formas de concretização das orientações de gestão, e outros objectos concretos da administração da empresa, o que depende do objecto social da mesma. Segundo o previsto no art.º 5 al. B), o gestor deve assegurar a concretização das orientações definidas nos termos da lei, designadamente as previstas nos termos do art.º 11 do RJSEE, e no contrato de gestão, e a realização da estratégia da empresa.

A al. c) do art.º 5 do EGP, decorre do dever fundamental de cuidado. O gestor público deve acompanhar, verificar e controlar a evolução das actividades e dos negócios da empresa, em todas as suas componentes, exigindo-se da parte do administrador das empresas públicas o conhecimento da actividade da sociedade, o que contribui par as decisões dos gestores públicos.

O art.º 5 al. e) estabelece um dever de o gestor público assegurar a suficiência, a veracidade e a fidelidade das informações da empresa, bem como a sua confidencialidade do EGP. As informações aqui previstas são aqueles que devem ser prestadas ao Estado ou à entidade que exerce a função accionista pública. O objectivo da norma consiste na salvaguarda das informações prestadas ao accionista público, o que pressupõe controlo interno sobre a informação societária. Neste contexto, há também um dever de vigilância dos gestores públicos, porque parte da informação recolhida emerge do interior da empresa. A qualidade da informação prestada potencia uma relação de maior confiança entre o accionista público e o gestor.

Nos termos do art.º 5 al. d) do EGP, os gestores públicos devem avaliar e gerir os riscos da actividade da empresarial. A tomada de decisão deve ser razoável, racional e ponderada de acordo com as especificidades da empresa e a matéria objecto de deliberação.

Do conjunto de deveres dos gestores públicos, emergentes do respectivo estatuto, alguns reconduzem-se ao dever de lealdade. Assim surge a proibição do abuso de

¹⁰⁶ Cfr. Art.º 30 do EGP.

informação privilegiada e a obrigação de guardar sigilo profissional sobre os factos e documentos cujo conhecimento resulte do exercício das suas funções, e não divulgar ou utilizar, em proveito próprio ou alheio, directamente ou por interposta pessoa o conhecimento que advêm desses factos ou documentos (art.º 5 al. f) do EGP). O dever de sigilo sobre factos e documentos que decorram do exercício de funções, e o dever de não abusar de informação privilegiada, representam uma relevância significativa na confiabilidade que potenciais investidores possam vir a ter na aquisição de participações sociais, do accionista público e da comunidade numa perspectiva geral.

O gestor deve assegurar um tratamento equitativo dos accionistas (al. g) do art.º 5 do EGP), o que pressupõe a efectivação dos direitos dos accionistas previstos no CSC e uma ponderação dos seus interesses.

Os gestores públicos estão ainda sujeitos a um outro grupo de deveres. Em primeiro lugar, estão sujeitos às normas de ética aceites no sector de actividade em que se situem as respectivas empresas, segundo o previsto no art.º 36 do EGP. Estão vinculados às boas práticas que decorrem dos usos internacionais (art.º 37 n.º 1 do EGP), designadamente em matéria de transparência, respeito pela concorrência e pelos agentes de mercado e prestação de informação sobre a respectiva organização e actividade desenvolvida. O EGP prevê, nos termos do seu art.º 37 n.º 3, a possibilidade de o Conselho de Ministros fixar os princípios e regras que concretizam as boas práticas referidas; que veio a acontecer com a publicação da RCM n.º 49/2007

O gestor público deve indicar à Inspeção-Geral de Finanças todas as participações e interesses patrimoniais, que directa ou indirectamente detenha na empresa na qual vai exercer funções ou em qualquer outra (art.º 22 n.º 9 do EGP).

Por fim, o EGP consagra disposições que procuram evitar conflitos de interesse na actividade do gestor. Desta forma, nos termos do art.º 22 n.º 7 do EGP, os administradores das empresas do SEE devem declarar-se impedidos de votar em deliberações quando tenham um interesse, por si como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa ou ainda quando tal suceda em relação ao seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao 2º grau em linha colateral ou em relação com pessoa com viva em economia comum.

5.2.4. A aplicabilidade dos deveres específicos dos administradores aos gestores públicos

Como já referimos, os administradores estão vinculados a um conjunto de deveres específicos¹⁰⁷, previstos ao longo do CSC e de outros diplomas legais. Alguns dos deveres específicos são concretizações axiológicas dos deveres fundamentais. Constituem exemplos de deveres específicos: o dever de não ultrapassar o objecto social (art.º 6 n.º 4 do CSC); o dever de não exercer actividade concorrente, sem consentimento (art.º 254, art.º 398 e art.º 428, todos do CSC); o dever de não executar deliberações nulas do órgão de administração (art.º 412 n.º 4 e art.º 433 n.º 1 ambos do CSC); e o dever de prestar caução (art.º 396 do CSC).

Como já foi referido, a aplicação subsidiária do CSC (art.º 40 do EGP) não pode ser feita na sua globalidade. O que se procura, fundamentalmente, é a consideração e a análise norma a norma para uma eventual aplicação ao gestor público e às empresas do SEE. Muitas vezes, o que está causa e que pode determinar a aplicação subsidiária de uma norma do CSC é sobretudo conhecer da aplicabilidade de cada norma às sociedades anónimas do SEE.

Não pretendemos ser exaustivos nem aferir a aplicabilidade de todos os deveres específicos dos administradores aos gestores públicos. Contudo, pretendemos aferir o escopo normativo de um dever específico relevante no nosso estudo. O dever de caucionar a responsabilidade dos administradores.

A aplicação deste dever aos gestores públicos que exercem funções numa sociedade comercial não levanta dúvidas. Poderá levantar algumas questões no âmbito de uma EPE, o que está fora do alcance do nosso estudo. A aplicação aos gestores públicos de um dever de prestar caução, fundamenta-se nas seguintes considerações: Em primeiro lugar, existe uma particular identidade de funções entre o administrador do sector privado e o gestor público. Segundo, o art.º 396 n.º 1 do CSC estabelece um dever de caução para os administradores das sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, para as sociedades que cumpram os critérios do art.º 413 n.º 2 e para as restantes sociedades. Não estando afastada do âmbito de aplicação da lei uma sociedade de capitais públicos.

¹⁰⁷ António Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 2003, pág. 38 e seg., elenca de forma exaustiva, os deveres específicos dos administradores das sociedades comerciais, quer os deveres específicos em geral, quer os deveres específicos em função do tipo de sociedade.

Considerando mesmo que é abrangida qualquer sociedade anónima, independentemente do respectivo accionista. Aliás, do que trata o art.º 396 n.º 1 é do valor da caução, englobando a sociedade anónima em si. O gestor público, enquanto administrador de uma sociedade anónima está vinculado ao dever de prestar caução, até porque, o mesmo preceito refere-se a responsabilidade de cada administrador.

Nos termos do art.º 396 n.º 1 do CSC, os administradores estão vinculados a prestar uma caução que representa uma garantia patrimonial, susceptível de ser substituída por um seguro de responsabilidade civil. A caução pode ser substituída por um contrato de seguro que cobra os riscos da actividade do gestor, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade.

A lei impõe um limite mínimo de 250 000 €, ao valor da caução nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em bolsa.

A caução tem o mesmo valor supra referido, para sociedades que não sendo totalmente dominadas por outras sociedades e que adoptem o modelo de fiscalização composto por um conselho fiscal e revisor oficial de contas, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites: um balanço superior a 100 000 000 €; um total de vendas líquidas e outros proveitos superiores a 150 000 000 €; e numero médio de trabalhadores durante o exercício de 150.

Nas restantes sociedades, o valor da caução é de 50 000 € para as restantes sociedades.

A caução pode ser dispensada, com a excepção das sociedades cotadas e das sociedades anónimas de grande dimensão, por deliberação da assembleia-geral ou do conselho geral e de supervisão, nos termos do art.º 433 n.º 2 do CSC (se o modelo adoptado implicar a existência deste órgão).

Se a caução for obrigatória, se não for dispensável e se os estatutos nada disserem ou se não for substituída por contrato de seguro, esta deve ser prestada, sob pena de nos termos do art.º 396 n.º 4 do CSC, os gestores cessarem de imediato as funções de que são titulares.

Nos termos do art.º 418.º- A do CSC n.º 1, os membros do conselho fiscal devem prestar caução ou celebrar um contrato de seguro. A responsabilidade dos membros da comissão de auditoria deve ser garantida através da prestação de caução ou de contrato de seguro nos termos do art.º 445 n.º 3 do CSC. Aos membros da comissão executiva aplica-se o art.º 396 do CSC, por remissão do art.º 433 n.º 2 do CSC. O art.º 396 do CSC é aplicável aos administradores não executivos, pelo facto destes integrarem o conselho de administração.

5.3. Os deveres dos gestores públicos não executivos

Os gestores públicos não executivos compreendem, como já referimos, os membros do conselho de administração que não estão integrados na comissão executiva, e os administradores titulares da comissão de auditoria, quando esta integre o conselho de administração.

Os administradores que não integram a comissão executiva não são titulares de funções executivas. Contudo, estão vinculados nos termos do art.º 407 n.º 8 do CSC, ao dever de vigilância que, evidentemente, pressupõe um controlo da actividade dos administradores executivos. Nos termos daquela norma, estes administradores estão vinculados a provocar a intervenção do conselho de administração, quando tomem conhecimento de um facto (acção ou omissão) susceptível de provocar um dano à sociedade, procurando assim evitar a ocorrência do mesmo.

O dever geral de vigilância introduz um poder-dever de informação. Estes administradores devem ter acesso à informação societária, informação tempestiva e adequada ao exercício de funções e adoptar mecanismos procedimentais de procura de elementos sobre a vida da empresa. A informação é fundamental e instrumental ao exercício do dever geral de vigilância por estes administradores¹⁰⁸.

Os membros da comissão de auditoria, integrada no conselho de administração, estão numa especial posição. São titularidade de funções fiscalização e são membros do conselho de administração.

¹⁰⁸ João Calvão da Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, Da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara)...114 a 115.

A sua diversidade de funções, em comparação com os administradores executivos, não afasta a aplicação dos deveres fundamentais dos administradores aos não executivos, pela aplicação do art.º 64 n.º 2 do CSC, que prevê que os titulares dos órgãos sociais com funções de fiscalização devem actuar de acordo com os deveres de cuidado, empregado elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade no interesse da sociedade.

Os membros da comissão de auditoria estão vinculados a um conjunto de deveres específicos estabelecidos no art.º 423º-G n.º 1, dos quais destacamos: o dever de guardar segredo de factos e de informações de que tiverem conhecimento em razão das suas funções, sem prejuízo do dever do presidente da comissão de auditoria de comunicar ao Ministério Público factos delituosos susceptíveis de serem tipificados como crimes públicos, conforme resulta do art.º 423 n.º 1 al. d) e n.º 3 do CSC; o dever de participar nas reuniões do conselho de administração e de participar nas reuniões da comissão executiva que aprecie contas do exercício (respectivamente art.º 423 n.º 1 al. b) e al. c) do CSC). Por outro lado, ao presidente da comissão de auditoria é consignado um dever especial de vigilância (art.º 423 n.º 2 e art.º 420- A ambos do CSC).

A comissão de auditoria constitui uma forma de proteger a sociedade, na medida em que contribui para um controlo interno mais eficiente e para uma melhor avaliação de riscos, para o efeito devem existir mecanismos eficientes de informação¹⁰⁹, sobretudo informação financeira. A comissão de auditoria desempenha também um papel decisivo na monitorização da administração da sociedade¹¹⁰, exercendo uma função de aconselhamento e de decisão e uma função de fiscalização e avaliação permanente¹¹¹. Considerando estes factores, o dever de vigilância, a recolha de informação sobre o todo societário é decisiva. Neste sentido a art.º 21 n.º 4 do EGP dispõe que aos gestores públicos não executivos são facultados todos os elementos necessários ao exercício das suas funções, designadamente, nos aspectos técnicos e financeiros, bem como uma permanente actualização da situação da empresa em todos os planos relevantes para a realização do seu objecto.

¹⁰⁹ João Calvão da Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, Da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão...pág. 126.

¹¹⁰ Gabriela Figueiredo Dias, Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág.85.

¹¹¹ Gabriela Figueiredo Dias, Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil...pág. 89.

Os deveres próprios ou específicos dos gestores públicos não executivos estão previstos essencialmente no art.º 21 do EGP. Nos termos do art.º 21 n.º 2 do EGP, os gestores públicos não executivos devem exercer as suas funções com independência oferecendo garantias de juízo livre e incondicional; não podem ter interesses negociais com a empresa, com os seus principais clientes e fornecedores e outros accionistas que não o Estado. Nos termos do n.º 3 os gestores não executivos avaliam continuamente a gestão da empresa por parte dos demais gestores, com vista a assegurar a persecução dos objectivos estratégicos da empresa, a eficiência das suas actividades e a conciliação dos interesses dos accionistas com o interesse geral.

Aos gestores públicos não executivos são especialmente cometidos algumas incompatibilidades e impedimentos, procurando garantir um maior grau de confiança, independência e transparência. Apesar da aplicação das mesmas exigências dos gestores públicos executivos, o EGP estabelece algumas incompatibilidades e impedimentos próprios, tais como: não podem exercer qualquer cargo na empresa, de forma a garantir a sua independência, em relação aos restantes gestores¹¹²; nem podem exercer quaisquer outras actividades em empresas privadas concorrentes do mesmo sector, o que é uma importante forma de defesa dado o nível de informação que este administrar tem sobre a vida da sociedade¹¹³.

¹¹² Cfr. Art.º 22 n.º 2 do EGP.

¹¹³ Cfr. Art.º 22 n.º 3 do EGP.

6. A responsabilidade civil dos gestores públicos

6.1. A responsabilidade civil dos administradores

A responsabilidade civil dos administradores é tema de grande relevância nos estudos relativos ao governo das sociedades. Ao administrarem um património do qual, nas mais das vezes não são titulares, os administradores assumem um dever de administrar uma sociedade de acordo com vários interesses. A tutela destes interesses pressupõe a responsabilização dos administradores, contudo a responsabilidade recebe também relevância em sede de cumprimento dos deveres dos administradores e de averiguação da sua conduta no exercício das suas funções.

Apesar da não aplicabilidade directa no ordenamento jurídico português, a importância da responsabilidade dos administradores pode ser melhor compreendida através do contributo da teoria da agência, típica dos ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos. Esta teoria consubstancia-se na relação entre os gestores enquanto *agents* titulares de funções de administração de bens alheios e os titulares desses bens ou interesses, devendo os *agents* administrarem a sociedade por conta e no interesse dos accionistas (*shareholder primacy*)¹¹⁴.

A titularidade de funções no conselho de administração de uma sociedade anónima constitui uma actividade autónoma. A autonomia, podendo ser variável de acordo com a sociedade é inerente às funções dos administradores¹¹⁵. O próprio CSC garante a autonomia dos administradores quando determina que a competência para os actos de gestão é do conselho de administração (art.º 405 do CSC) e quando determina que a assembleia-geral apenas pode deliberar sobre matérias de gestão a pedido da administração. A autonomia e a liberdade dos administradores, ao estarem incumbidos da administração de um património alheio, determinam um maior grau de responsabilidade dos administradores¹¹⁶, como na vida, a liberdade introduz sempre uma maior graduação da responsabilidade.

A responsabilidade civil consistindo numa relevante forma de controlo não é totalmente condicionante pois não pretende afectar a liberdade de que o administrador

¹¹⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Comerciais, in *Direito das Sociedades em revista*, Março de 2009, Ano I, Vol. 1, pág.12 e 13.

¹¹⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Comerciais...pág.16.

¹¹⁶ Pedro Pais de Vasconcelos, Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Comerciais...pág.16.

dispõe no exercício das suas funções. A imputação de responsabilidade encontra o seu fundamento na faculdade de prevenir condutas contrárias ao direito e de sancionar acções ou omissões provocadoras de um desvalor factual.

A responsabilidade civil dos administradores é de natureza funcional, emerge do exercício de funções dos administradores e em razão do seu exercício. A multiplicidade de actos dos administradores, a tutela jurídica da sociedade, dos accionistas, dos credores e de terceiros, a imputação de um dever de indemnizar enquanto meio de defesa da sociedade, dos accionistas, dos credores e de terceiros, por um dano que lhes tenha sido provocado pela actuação ilegal dos administradores, torna compreensível a constituição de uma obrigação de indemnizar para o ressarcimento de um dano provocado, por acção ou omissão, no exercício das suas funções. Como o nosso estudo insere-se no âmbito das funções dos administradores, excluimos a análise de eventuais danos provocados à sociedade, aos accionistas, aos credores e terceiros, fora do âmbito das suas funções.

A vinculação dos administradores a um conjunto amplo de deveres especificados e aos respectivos deveres fundamentais, fundamenta a conformação de um regime de responsabilidade civil, susceptível de garantir a actuação dos administradores em conformidade com tais deveres. Como escreveu Menezes Cordeiro “o administrador que, no exercício das correspondentes funções, não cumpra os seus deveres e, com isso, ocasione danos, é, civilmente responsável.”¹¹⁷.

O regime jurídico da responsabilidade dos administradores previsto no art.º 71 e seguintes do CSC, combinando influências do ordenamento jurídico alemão e francês, estabelece ao longo do texto um conjunto de normas de natureza substantiva e adjectiva e um conjunto de diversos tipos de responsabilidade civil. Os diversos tipos que determinam uma obrigação de indemnizar, são os seguintes: responsabilidade quanto à constituição da sociedade; responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade; responsabilidade para com sócios e terceiros. O CSC prevê ainda a imputação de responsabilidade aos titulares dos órgãos de fiscalização.

¹¹⁷ António Menezes Cordeiro, Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais...pág. 19.

6.2. A responsabilidade civil dos gestores públicos

A responsabilidade civil dos gestores públicos vem prevista na art.º 23 do EGP. Este preceito consagra a imputação, ao gestor público, de três formas de responsabilidade: civil, criminal e financeira. Do objecto do nosso estudo estão excluídas a responsabilidade financeira e criminal. Concentremos, pois, o nosso esforço na análise da responsabilidade civil dos gestores públicos. Responsabilidade civil que não afasta o regime da cessação de funções do gestor público, por demissão ou por dissolução do conselho de administração, podendo ambas as situações ocorrer em simultâneo com a imputação de responsabilidade civil aos administradores.

O EGP não regula directamente a matéria da responsabilidade civil dos administradores das empresas do SEE. Remetendo o tratamento desta matéria para a lei geral, incluindo o CSC (art.º 23 e art.º 40, ambos do EGP). Desta forma aplicam-se aos gestores públicos as normas de responsabilidade civil constantes do art.º 71 e seguintes do CSC.

A aplicação aos gestores públicos da globalidade do regime da responsabilidade civil dos administradores, ou não, terá de ser analisada à luz dos mesmos critérios com que se afere da aplicabilidade ou não aplicabilidade dos deveres dos administradores, previstas no CSC, aos gestores públicos (conforme referido).

As normas de responsabilidade civil dos administradores constantes do CSC, não devem ser aplicadas aos gestores públicos acriticamente, devendo ser averiguado caso a caso, se tal aplicação é pertinente e adequada. Do exposto resulta que dos tipos de responsabilidade imputáveis aos administradores, apenas não é aplicável a responsabilidade civil quanto à constituição da sociedade, nos termos do art.º 71 do CSC, por força das regras especiais da mesma e pela natureza da respectiva constituição.

O que referimos para a importância da responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas privadas é, na mesma medida, aplicável aos gestores públicos, mesmo considerando as especificidades do exercício da função accionistas por entidades públicas, nomeadamente o Estado e a menor dispersão do capital. A responsabilidade dos administradores das empresas do SEE recebe também uma especial atenção pelo facto de se proteger o interesse público, para além dos

interesses dos accionistas privados e dos interesses de outras partes relacionadas com a empresa.

6.2.1. A responsabilidade civil para com a sociedade

O regime da responsabilidade dos administradores perante a sociedade está regulado no art.º 72 do CSC. Dispõe o n.º 1 do preceito que os administradores respondem pelos danos causados à sociedade, por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa.

Como vimos, a responsabilidade dos administradores, independentemente do tipo, é sempre funcional ou seja tem lugar no âmbito de danos provocados no exercício das suas funções e por causa delas. Se o administrador provocar um dano, fora do âmbito das suas funções, aplicar-se-á o regime geral da responsabilidade civil extra-contratual, previsto no art.º 483 e seguintes do CC que constitui uma das fontes principais das obrigações.

A responsabilidade perante a sociedade é de natureza contratual¹¹⁸. O que é confirmado pela presunção de culpa (art.º 799 n.º 1 do CC). É uma responsabilidade subjectiva e obrigacional¹¹⁹. Responsabilidade obrigacional que resulta da relação contratual entre os administradores e a sociedade, não entre estes e os accionistas (notamos que a sociedade não se confunde com os proprietários). Assim, enquanto que entre os accionistas e a sociedade se estabelece uma relação directa, a relação que se estabelece entre os administradores e os accionistas é indirecta.

O art.º 72 n.º 1 enumera os pressupostos da obrigação de indemnizar: facto (acção ou omissão), ilicitude, culpa, dano, nexo de causalidade entre o facto e o dano¹²⁰. A imputação de uma obrigação de indemnizar exige a existência cumulativa destes pressupostos, o que implica uma breve incursão pelos mesmos.

¹¹⁸ Ver o Acórdão do STJ de 03-02-2009 (Paulo Sá).

¹¹⁹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Responsabilidade Civil dos Gestores de Sociedades Comerciais*...pág. 21, António de Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade dos Administradores das Sociedades Comerciais*...pág. 493.

¹²⁰ A responsabilidade dos administradores para com a sociedade pressupõe a existência dos seguintes pressupostos: facto, ilicitude, culpa, dano, nexo de causalidade, ver o Acórdão do TRL de 2 de Outubro de 2008 (Sousa Pinto).

O primeiro destes pressupostos é tratar-se de um facto que pode consistir numa acção ou numa conduta omissiva¹²¹, praticado por um agente determinado, ou seja, pelo administrador.

O juízo de ilicitude decorre da violação dos deveres legais ou estatutários dos administradores. Já dedicámos uma parte do nosso estudo aos deveres fundamentais e específicos dos administradores e aos deveres dos gestores públicos previstos no EGP. O incumprimento destes deveres é susceptível de gerar um juízo de ilicitude. Para uma melhor compreensão da questão pretendemos contribuir com alguns exemplos que podem gerar um juízo de ilicitude: incumprimento de dever de não exercer uma actividade concorrente; incumprimento dos deveres de cuidado; incumprimento dos deveres de lealdade; dever de actuar de acordo com as decisões dos accionistas; dever de guardar sigilo profissional. A ilicitude decorre do desvalor da conduta do administrador que actua ou omite um acto com preterição dos deveres referidos.

Para além do juízo de ilicitude, para que haja responsabilidade dos administradores, é necessário que estes tenham procedido com culpa. Requer-se assim um juízo de censura da conduta dos administradores. Feita a prova da violação dos deveres dos administradores (a qual cabe à sociedade), o administrador terá de provar que a sua conduta não é merecedora de um juízo de censura. É este o resultado prático da presunção de culpa dos administradores, prevista no art.º 72 n.º 1¹²².

O quarto pressuposto da obrigação de indemnizar é a existência de um dano. O dano representa uma perda no património da sociedade ocasionada no quadro da administração da empresa. Para aferir da existência de um dano e do respectivo valor deve ser comparada a situação em que encontra a sociedade após o acto lesivo e a situação em que a sociedade se encontraria se não tivesse ocorrido tal acto¹²³. O dano abrange não apenas o lucro cessante, composto pelos benefícios que a sociedade

¹²¹ Cfr. Art.º 486 do CC.

¹²² Pedro Pais de Vasconcelos, Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais...pág.24, Paulo Olavo Cunha, Direito das Sociedades Comerciais...pág. 719.

¹²³ João de Matos Antunes Varela, Direito das Obrigações em Geral, Vol. I 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000, pág.599.

deixou de obter com a lesão, mas também os danos emergentes, ou seja, o valor do prejuízo causado, conforme o disposto no art.º 564 n.º 1 do CC¹²⁴.

O dano é resultado de um facto. Para que seja imputada responsabilidade ao administrador é necessário que haja um nexo de causalidade, os danos devem ter como causa adequada um facto provocador de um dano à sociedade¹²⁵, a lei exige a existência de um nexo casualidade entre o facto e o dano¹²⁶. Não estamos em sede do debate sobre as teorias relativas ao nexo de causalidade. Refira-se contudo, que o art.º 71 n.º 1 do CSC, aproxima-se da teoria da causalidade adequada. Para que haja nexo de causalidade entre os factos e os danos é necessário que os factos sejam causa adequada dos danos provocados à sociedade¹²⁷.

Não estando preenchidos qualquer dos pressupostos do art.º 72 n.º 1, não há imputação ao administrador de uma obrigação de indemnizar¹²⁸, isto é, não se lhe atribui responsabilidade.

A responsabilidade civil do administrador é também excluída quando, nos termos do art.º 72 n.º 3 do CSC, o administrador não tenha participado numa determinada deliberação ou tenha votado vencido, desde que, no último caso tenham lavrado no prazo máximo de cinco dias a sua declaração de voto perante o órgão de fiscalização, se existir, notário ou conservador. Se um determinado administrador não exercer o seu direito de oposição quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos actos que poderia ter-se oposto (art.º 72 n.º 4 e art.º 73 ambos do CSC). Também não é responsável o administrador ou os administradores quando o facto assenta em deliberação dos accionistas, ainda que anulável (art.º 72 n.º 5 do CSC).

A responsabilidade dos administradores é solidária, nos termos do art.º 73 n.º 1 do CSC. Contudo os administradores tem direito de regresso sobre os restantes, na medida das respectivas culpas, nos termos do art.º 73 n.º 2 do CSC.

¹²⁴ João de Matos Antunes Varela, *Direito das Obrigações em Geral*, Vol. II, reimp. da 7ª Edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2001.

¹²⁵ António Fernandes de Oliveira – *Responsabilidade Civil dos Administradores in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades* (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008, pág. 283

¹²⁶ Art.º 563 do CC.

¹²⁷ António Fernandes de Oliveira, *Responsabilidade Civil dos Administradores...* pág. 283

¹²⁸ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Coimbra, IDET/Almedina, pág. 48.

Uma breve nota final para sublinhar que a responsabilidade dos administradores é individual. Por exemplo, se o órgão fosse responsabilizado, enquanto colectivo, um administrador não poderia ver excluída a sua responsabilidade nos termos do art.º 72 n.º 3 do CSC, mesmo que tenha votado vencido.

6.2.1.1. A business judgment rule

A reforma de 2006, sob proposta da CMVM, introduziu na nossa legislação a *business judgment rule*, normativamente plasmada no art.º 72 n.º 2 do CSC. Este preceito prevê a exclusão de responsabilidade dos administradores quando os mesmos provarem que actuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

Os princípios da *business judgment rule* consagram a exclusão da responsabilidade dos administradores mesmo que a decisão revele pouca eficácia ou, até, seja potencialmente danosa¹²⁹. É relevante para o desenvolvimento da actividade societária que os administradores tenham a ambição de tomar decisões de risco. Assim sendo, os princípios da *business judgment rule* afastam o escrutínio pelos Tribunais do mérito da gestão¹³⁰, garantindo um certo grau de liberdade aos gestores nas decisões que tomam, sobretudo, naquelas que apresentam um nível maior de risco (aumentando-se a autonomia da gestão). Procura-se evitar que o juiz tenha apenas em consideração os resultados de uma determinada decisão, o que teria como consequência uma atitude negativa do administrador face ao risco, derivada da sua potencial responsabilização. A *business judgment rule* pretende “eximir os administradores de responsabilidade, ainda que a administração exercida não tenha conduzido a resultados positivos e possa ter-se revelado especialmente danosa para os interesses da sociedade.”¹³¹.

Os princípios da *business judgment rule* têm origem na jurisprudência norte-americana, a sua inclusão no CSC foi proposta pela CVMV. Contudo, estes princípios

¹²⁹ Manuel A. Carneiro de Frada, A Business Judgment Rule no Quadro Dos Deveres Gerais dos Administradores...pág.79

¹³⁰ Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais...pág. 45

¹³¹ Manuel A. Carneiro de Frada, A Business Judgment Rule No Quadro Dos Deveres Gerais Dos Administradores...pág. 79.

já eram conhecidos do direito Português, quer pela doutrina¹³², quer pela jurisprudência¹³³.

Apesar de diversas fontes, é geralmente aceite que, os pressupostos da *business judgment rule* são os seguintes: os processos de decisão exigem uma decisão consciente, de acordo com um determinado processo; o mérito de uma determinada decisão não deve estar condicionado por um interesse pessoal na mesma; o administrador anteriormente a qualquer decisão deve recolher um grau de informação adequado que possibilite uma tomada decisão¹³⁴. Como já foi referido, a influência norte-americana é relevante, se considerarmos, os *Principles of Corporate Governance* da *American Law Institute*, o n.º 4.01 propõe os seguintes três pressupostos da *business judgment rule*: o administrador não deve ter um interesse na matéria objecto da decisão, ou seja, deve estar livre de conflitos de interesse; o administrador deve estar informado sobre a matéria a decidir; o administrador deve tomar uma determinada decisão convicto de que esta é racionalmente a melhor para a sociedade.

O art.º 72 n.º 2 do CSC, determina a exclusão da responsabilidade civil dos administradores, se verificados cumulativamente os seguintes pressupostos:

- a) Os administradores têm de provar que actuaram de uma forma informada

O administrador deve recolher, ao longo do processo de decisão, um quadro informativo, o mais completo e adequado possível às características concretas de cada decisão, devendo portanto, a informação recolhida atender à matéria concreta, objecto da decisão. Trate-se no essencial, de um processo adequado de recolha de dados. O processo de recolha de informação depende de um amplo processo de recolha de dados pelo administrador e de um conhecimento real da sociedade que administra.

¹³² António Menezes Cordeiro, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Comerciais, pág. 523, João Soares da Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: Os Deveres Gerias e os Princípios de Corporate Governance, in ROA, Ano 57, II, Abril, 1997, pág. 625.

¹³³ Sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa de 27.10.2003. Pedro Caetano Nunes, disponível em Pedro Caetano Nunes, Corporate Governance...pág. 9 e seg.

¹³⁴ Ricardo Costa, Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule, in Reformas do Código das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da colecção Colóquios), 2007, pág. 57.

b) Decisão livre de qualquer interesse pessoal

Na circunstância de os administradores tomarem parte de uma decisão, sobre uma determina matéria na qual tenham um conflito de interesse, e que por via disso, prejudiquem directa ou indirectamente a sociedade, não é aplicável o *business judgment rule*, ou seja, a responsabilidade civil dos administradores não é excluída nos termos do art.º 72 n.º 2 do CSC.

c) Segundo critérios de racionalidade empresarial

Para tomar uma decisão o administrador escolhe uma opção, de entre um quadro, por vezes pouco amplo de opções, o que pressupõe uma actuação segundo critérios de racionalidade empresarial. Contudo, o pressuposto da racionalidade empresarial não pode ser interpretado de forma literal, fundamentalmente porque dificultaria a prova e porque seria o tribunal a decidir o mérito da decisão (o que vai em sentido contrário aos princípios da *business judgment rule*). Por isso, este pressuposto deve ser interpretado de forma restritiva, assim sendo, o administrador terá de provar apenas que a sua actuação não foi irracional¹³⁵. A irracionalidade “ surge se a decisão se torne tão incompreensível que não pode deixar de se colocar fora da fronteira permitida à autonomia dos administradores para responder a uma dada situação ”¹³⁶. Parece-nos que a racionalidade da decisão deve assegurar um certo grau de razoabilidade. O grau de razoabilidade da decisão pode ser variável, o que não é aceitável é uma decisão fora do âmbito da razão.

A conjugação do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 72 do CSC, implica compreender a que título é afastada a responsabilidade se verificados os pressupostos do n.º 2. Ou seja, se a responsabilidade é afastada a título de exclusão de ilicitude ou de culpa.

São conhecidas, no âmbito da responsabilidade civil (e da criminal, por exemplo), um conjunto de causas que determinam a exclusão da ilicitude ou do juízo de censura (culpa) da conduta do agente. É desta questão que nos ocuparemos nas seguintes linhas.

¹³⁵ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade... pág. 45 a 47

¹³⁶ Ricardo Costa, Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule...pág. 84

O que o art.º 72 n.º 2 do CSC concretiza não é mais do que uma exclusão da responsabilidade se for provado que o administrador tomou uma decisão de acordo com um processo adequado¹³⁷, ou seja, de acordo com os pressupostos previstos no art.º 72.º n.º 2 do CSC. Para o ordenamento jurídico português a administração é sindicável jurisdicionalmente de acordo com os parâmetros do art.º 64 n.º 1 do CSC, apenas se excluindo a responsabilidade ao abrigo do art.º 72 n.º 2 do CSC¹³⁸. Atendendo às manifestações da *business judgment rule*, o art.º 72 do CSC pretende excluir um juízo de ilicitude sobre a conduta dos administradores. Não está em causa um desvalor ou uma censura da conduta do agente, o que está em debate é o cumprimento ou incumprimento dos deveres dos administradores, sobretudo os de cuidado e se na tomada de decisão o administrador actuou de acordo com um processo adequado, cumprindo os seus deveres e se demonstrou um comportamento de acordo com as manifestações do art.º 72 n.º 2 do CSC. Nestes termos consideramos que o art.º 72 n.º 2 prevê um conjunto de critérios de exclusão de ilicitude.

A *business judgment rule* apresenta-se também como uma norma de comportamentos, que ao serem verificados excluem a responsabilidade civil dos administradores. A *business Judgment rule* é um reflexo dos deveres fundamentais dos administradores, sobretudo do dever de cuidado. Desta forma o art.º 72 n.º 2 afasta a responsabilidade dos administradores, por via de um conjunto de pressupostos que a não serem observados determinam a sua conduta como ilícita; ilicitude essa com fundamento num comportamento contrário a um conjunto de valores tutelados pela ordem jurídica¹³⁹. Por fim, tenha-se em conta que, uma vez excluída a ilicitude, a discussão da existência (ou não) da culpa deixa de fazer sentido¹⁴⁰.

Uma outra questão relevante é a de saber se o art.º 72 n.º 2 se aplica a outras formas de responsabilidade civil. O espaço “normal” deste debate é o da responsabilidade dos administradores perante a sociedade. O que resulta do facto da norma se encontrar, num plano sistemático, no artigo relativo à responsabilidade do administrador para com a sociedade. Atendendo às restantes formas de responsabilidade civil conclui-se pela aplicação da *business Judgment rule*, conforme resulta do art.º 78 n.º 5 do CSC (responsabilidade para com os credores sociais) e do

¹³⁷ Paulo Câmara, O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comercias...pág. 50.

¹³⁸ Manuel A. Carneiro de Frada, A Business Judgment Rule... pág. 84

¹³⁹ Ricardo Costa, Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule... pág. 75.

¹⁴⁰ Ricardo Costa, Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule... pág. 77.

art.º 79 do CSC n.º 2 (responsabilidade para com os sócios terceiros) que remetem expressamente para o art.º 76 n.º 2 do CSC (entre outras normas aplicáveis por remissão).

O art.º 72 n.º 2 do CSC fundamenta-se numa actuação livre do administrador, não estando sujeito a ordens e a instruções conformadores da sua actividade, ou seja, o administrador não é um mero executante de ordens¹⁴¹. Quando há deveres específicos não há liberdade de actuação, são vínculos concretos, não susceptíveis à aplicabilidade do art.º 72 n.º 2 do CSC. Em relação às deliberações das assembleias-gerais devem ser analisadas concretamente de acordo com âmbito e o objecto das suas deliberações. Os deveres de cuidado já são animados por um certo grau de discricionariedade dos administradores, sobretudo na forma como os respeitam, assim como, o cumprimento dos pressupostos do art.º 72 n.º 2 nascem da liberdade de actuação do administrador.

Como o art.º 72 n.º 2 pressupõe liberdade e autonomia de actuação do gestor, surge a questão sobre a sua aplicabilidade aos gestores públicos. O critério determinador da resposta encontra-se na sua liberdade de actuação, na sua autonomia e no eventual condicionamento do exercício da sua actividade.

Como já referimos, os gestores públicos estão vinculados aos deveres fundamentais dos administradores (art.º 64 n.º 1 do CSC) e no âmbito do art.º 72 n.º 2 aos deveres de cuidado, estando por isso, vinculados às normas de conduta implicitamente previstas no art.º 72 n.º 2 do CSC. O próprio EGP estabelece regras de conduta destes administradores que devem ser cumpridas para aplicação do art.º 72 n.º 2 do CSC. O gestor público está vinculado a avaliar e gerir os riscos inerentes à actividade da empresa (art.º 5 al. d do EGP), o que implica discricionariedade da sua actuação, liberdade e autonomia de gestão. As especificidades da função accionista do Estado, ou de outra entidade pública, as orientações estratégicas emanadas pelo Governo, condicionam relativamente a liberdade de actuação do gestor público mas não de uma forma que afaste a liberdade e autonomia do gestor público.

A liberdade de actuação do administrador apresenta-se também como positiva na medida em que as sociedades anónimas, para além de prosseguirem finalidades motivadas pela sua integração no SEE e o interesse público, têm interesses comerciais

¹⁴¹ Ricardo Costa, Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule... pág. 67.

próprios, o que torna evidente a importância da autonomia dos gestores públicos e do risco inerente às suas decisões.

6.2.3. A responsabilidade civil para com os accionistas e terceiros

Nos termos do art.º 79 n.º 1 do CSC, os administradores respondem nos termos gerais, pelos danos que directamente causaram aos accionistas e a terceiros no exercício das respectivas funções. Como vimos, a responsabilidade civil dos administradores é funcional, isto é, decorre das funções que o administrador exerce.

A responsabilidade civil perante os accionistas e terceiros é uma responsabilidade delitual¹⁴². Por um lado, não há uma relação contratual entre o administrador e os accionistas e entre aquele e terceiros, por outro lado, não há presunção de culpa dos administradores e por ultimo quando o art.º 79 n.º 1 do CSC remete para o art.º 76 do CSC exclui dessa remissão o n.º 2 daquele artigo, que como vimos consagra a responsabilidade contratual dos administradores perante a sociedade.

A relação que se estabelece entre os administradores e os accionistas não é de natureza obrigacional. Numa perspectiva jurídica não há um relacionamento directo entre os accionistas e os administradores, apesar de existir uma relação natural entre ambos, contudo nesta sede o que releva é a relação jurídica. Nestes termos a responsabilidade perante os administradores é de natureza delitual regendo-se pelo art.º 483 e seguintes do CC¹⁴³.

Outra questão relevante é a de saber porque danos são os administradores responsáveis perante os accionistas e terceiros.

De acordo com o art.º 79 n.º 1 do CSC, conforme referido, os administradores respondem para com os accionistas e terceiros, por danos que directamente, lhes causem (no exercício das respectivas funções), ou seja por danos directos. Os danos directos constituem danos provocados directamente no patrimonial dos accionistas ou de terceiros sem intervenção da sociedade, ao contrário dos danos indirectos que são danos provocados à sociedade e que prejudicam os accionistas ou terceiros.

¹⁴² Ver Acórdão do STA de 23-05-2002 (Abel Freira).

¹⁴³ Pedro Caetano Nunes, Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas...pág. 37.

As condutas que podem provocar danos nos accionistas podem ser de natureza diversa, constituem exemplos: o não cumprimento do art.º 294 do CSC, que exige o cumprimento do dever de executar a deliberação de distribuição dos resultados da empresa; o não cumprimento de deliberações da assembleia-geral; a prestação de informações falsas aos accionistas; a elaboração de relatório de gestão e balanço errado. Já a responsabilidade perante terceiros corresponde a uma conduta lesiva do património de sujeitos não titulares de participações sociais. Exemplos de possíveis danos provocados a terceiros são os seguintes: a violação de direitos de personalidade de terceiros; a violação de direitos de autor ou da propriedade industrial.

Como referido, quer perante accionistas, quer perante terceiros, a responsabilidade é delitual, aplicando-se o regime previsto e regulado nos art.º 483 do CC. A aplicação deste regime implica a verificação dos pressupostos de imputação da obrigação de indemnizar nos termos do art.º 483 n.º 1 do CC. Para a constituição da obrigação de indemnizar terá de ocorrer um facto ilícito, a violação de um de um direito (de outrem) ou a violação de norma destinada a proteger interesse alheio. A primeira pretende proteger direitos absolutos, já a segunda modalidade de ilicitude pretende tutelar interesses privados que se encontrem no âmbito de protecção da norma, esta, pretende evitar um tipo concreto de danos.

Neste lugar, aplicando-se o regime descrito, cabe ao lesado a prova dos factos constitutivos da obrigação de indemnizar, conforme o art.º 487 n.º 1 do CC.

No âmbito de uma sociedade de capitais públicos a responsabilidade civil perante accionista releva para a tutela dos accionistas privados, nos termos referidos, e para a tutela do accionista público. Os danos que o Estado possa eventualmente sofrer seguem este regime, o que exige conciliação com o regime de responsabilidade financeira. A entidade que exerce os direitos accionistas públicos, nesta sede é equiparável aos accionistas privados, aplicando-se as regras previstas no CSC.

6.2.4. A responsabilidade civil perante os credores sociais

O regime de responsabilidade perante os credores da sociedade está consagrado no art.º 78 do CSC. Estamos perante uma responsabilidade delitual¹⁴⁴ (art.º 483 n.º 1 do CC), pois não existe um vínculo jurídico entre os credores e os administradores da

¹⁴⁴ António de Menezes Cordeiro, Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais, pág. 495.

sociedade¹⁴⁵. Relevante neste âmbito, é o vínculo jurídico que existe entre a sociedade e os credores. É este vínculo que justifica as pretensões do credor.

Ao abrigo do art.º 78 n.º 1 do CSC, os administradores respondem para com os credores sociais quando pela inobservância das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos. Nos termos do art.º 78 n.º 1 do CSC, quando há responsabilidade directa dos administradores para com os credores, estes podem exigir uma indemnização de forma autónoma¹⁴⁶, ainda que, pelos mesmos factos os administradores possam ser condenados a indemnizar a sociedade em sede de responsabilidade civil perante a sociedade. Diferente desta responsabilidade dos administradores perante os credores sociais é a acção sub-rogatória prevista no art.º 78 n.º 2 do CSC e que consiste na possibilidade dada aos credores de exercer o direito de indemnização de que a sociedade seja titular, nos termos do art.º 606 e seguintes do CC.

A aplicabilidade de uma obrigação de indemnizar aos credores emerge da violação de uma norma ou de um dever contratual destinado a tutelar os direitos dos credores e de um dano provocado à sociedade. Este dano consiste numa diminuição do património social que torne impossível a satisfação pela sociedade dos direitos de crédito dos respectivos titulares activos¹⁴⁷. Nos casos em que o património da sociedade for suficiente para satisfazer os direitos do credor, é a sociedade que responde. Se nestas circunstâncias existir um dano à sociedade o administrador responde nos termos da responsabilidade civil perante a sociedade.

À responsabilidade civil dos administradores perante os credores sociais é, por remissão do art.º 78 n.º 5 do CSC, aplicável, o art.º 72 com a exclusão do n.º1 e o art.º 73, todos do CSC.

¹⁴⁵ Tânia Meireles da Cunha, Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, a Culpa na Responsabilidade Civil e Tributária...pág. 64.

¹⁴⁶ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades...pág.69.

¹⁴⁷ Acórdão do TRL de 26-03-2009 (Ilídio Sacarrão Martins).

6.3. A responsabilidade civil dos gestores públicos não executivos

Excluída do âmbito do nosso estudo a responsabilidade dos membros do conselho fiscal e do revisor oficial de contas, passamos agora à análise da responsabilidade civil dos gestores públicos não executivos.

Os membros do conselho de administração que não integram a comissão executiva assumem uma dupla função: são membros de um órgão de gestão e assumem uma função de controlo dos gestores executivos¹⁴⁸. De acordo com as funções dos gestores não executivos, estes são responsáveis quando não cumprirem o dever de vigilância e, tendo tido conhecimento de actos ou omissões dos gestores executivos prejudiciais para a sociedade, accionistas, terceiros e credores, ou do propósito de os praticar, não tenham provocado a intervenção do conselho de administração para tomar as medidas adequadas.

Fora destas situações estes administradores não respondem pelos danos provocados à sociedade, aos accionistas, aos terceiros e aos credores¹⁴⁹. No caso de não cumprimento do dever de vigilância ou do dever de comunicar ao conselho de administração a ocorrência ou potencial ocorrência de actos ou omissões que possam provocar um dano à sociedade, e se for provado que o dano não teria acontecido, no caso de cumprimento das suas funções, os administradores não executivos respondem solidariamente, nos termos do art.º 81 n.º 2 do CSC.

Os administradores não executivos designados para a comissão de auditoria estão afastados de funções executivas (art.º 423-B n.º 3 do CSC), sendo-lhes confiada a função de fiscalização da sociedade, nos termos do art. 423-F do CSC.

Enquanto fiscalizadores, os gestores públicos não executivos estão vinculados às regras relativas à responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização, nos termos do art.º 81 do CSC.

O art.º 81 n.º 1 do CSC remete para os restantes preceitos da responsabilidade dos administradores. Esta remissão deve ser analisada de forma cautelosa, com efeito, deveres que vinculam fiscalizadores e administradores apresentam algumas

¹⁴⁸ João Calvão da Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos...pág. 115.

¹⁴⁹ João Calvão da Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos...pág. 116.

distinções. Enquanto fiscalizadores estes administradores estão vinculados ao dever de vigilância, respondendo nos mesmos termos dos membros não executivos do conselho de administração. Contudo, os deveres de vigilância são mais amplos do que o consagrado no art.º 407 n.º 8 do CSC. Para além deste preceito, os gestores não executivos estão vinculados aos respectivos deveres de fiscalização, o que pode eventualmente determinar a responsabilização por violação dos mesmos, dado o seu especial papel de monitorização e controlo da gestão. A sua responsabilização nos termos do art.º 81 n.º 1 do CSC é acrescida pelos seus deveres decorrentes dos poderes de fiscalização da comissão de auditoria¹⁵⁰.

Para além desta responsabilidade acrescida, os membros da comissão de auditoria respondem solidariamente, por actos ou omissões dos administradores executivos, no desempenho das suas funções, quando o dano se não teria produzido se os membros da comissão de auditoria tivessem cumprido as suas funções de fiscalização (art.º 81 n.º 2 do CSC). É uma responsabilidade por culpa pelo não cumprimento dos deveres e não uma responsabilidade objectiva.

Como referimos, os membros da comissão de auditoria são membros do conselho de administração, o que, pode sugerir algumas dúvidas. Estes membros têm como função o aconselhamento, o controlo e a fiscalização dos administradores executivos. Por outro lado participam nas reuniões do conselho de administração, participando nas deliberações sobre matéria não susceptível de ser delegada, ou seja, são administradores e fiscalizadores.

A função essencial da comissão de auditoria é de vigilância. Por isso, os seus membros respondem por *culpa in vigilando*, considerando que o dever de vigilância dos administradores não integrados na comissão executiva é nesta sede alargado. A sua participação nas reuniões do conselho de administração deve ser compreendida à luz das características próprias da sua função, ou seja, pelo não exercício de funções executivas.

Mesmo que considerando o conselho de administração, integrado por uma comissão de auditoria (que é autónoma), como um órgão unitário, os administradores não executivos não podem ser responsabilizados por danos provocados pelos

¹⁵⁰ João Calvão da Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos...pág. 126 a 127.

restantes administradores em virtude das suas funções executivas, desde que tenham cumprido o dever de vigilância.

7. Conclusões

O nosso estudo permite chegar a um conjunto amplo de considerações que pretendemos sistematizar nos seguintes aspectos:

1. A crescente importância dos temas de *corporate governance* suscita um cada vez maior número de problemas a que o legislador tem procurado responder antes de mais no âmbito do sector privado.
2. A importância desta matéria fez nascer, no âmbito do Estado, a necessidade de adopção de boas práticas de governo das sociedades para o sector público, o que tem sido feito mediante uma óptica de aproximação ao sector privado.
3. A intenção do legislador é de, sobretudo através da aplicação (ao sector público) das normas de direito das sociedades, permitir uma gestão mais flexível das empresas públicas (nomeadamente de sociedades anónimas de capitais públicos) considerando as características da empresa pública. Este aspecto é visível nos vários modelos de gestão e administração da empresa pública.
4. A aproximação do regime dos deveres dos gestores públicos aos dos administradores privados torna evidente que os deveres de conduta de uns e outros são, na globalidade, equivalentes. De facto, e apesar de algumas diferenças inerentes à titularidade pública de capitais, a função do gestor público é idêntica à função dos administradores de sociedades privadas.
5. O regime de responsabilidade civil dos gestores públicos, apresentando algumas distinções, é na globalidade, (também ele) idêntico ao regime aplicável aos administradores privados. Como diferença principal apontamos a não aplicação aos gestores públicos da responsabilidade pela constituição da sociedade (aplicável aos administradores privados).
6. Por outro lado, a aplicação, aos gestores públicos, dos princípios da *business judgment rule* permite uma melhor administração por parte dos mesmos, o que, em tese, é benéfico para as sociedades que administram.

7. Um regime eficaz de responsabilidade civil dos gestores públicos tem como objectivo principal a defesa do interesse público. E isto porque a responsabilização dos gestores públicos vai permitir não só uma melhor conduta dos mesmos na gestão das empresas públicas e vai também permitir melhores resultados de acordo com o objectivo do bem-estar.

Lista Bibliográfica

Alves, Carlos Francisco – Os Investidores Institucionais e o Governo das Sociedades, Disponibilidade, Condicionantes, e Implicações, Coimbra, Almedina e CMVM, 2005.

Alves, Carlos Francisco – Uma Perspectiva Económica sobre as (novas) Regras de Corporate Governance, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007.

Antunes Varela, João de Matos – Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2000.

Antunes Varela, João de Matos – Direito das Obrigações em Geral, Vol. II, reimp. da 7.^a Edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2001.

Bandeira, Paulo Fernando – Princípios de *Corporate Governance* e a Reforma dos Modelos Societários, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º41 (Março-Abril), pág. 27 a 32.

Brito Correia, Luís – Os Administradores de Sociedades Anónimas, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

Caetano Nunes, Pedro – Corporate Governance, Coimbra, Almedina, 2006

Caetano Nunes, Pedro – Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas, Coimbra, Almedina, 2001

Calvão da Silva, João – Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, Da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007.

Câmara, Paulo – Códigos de Governo das Sociedades, in *Cadernos dos Valores Mobiliários* n.º 15, Dezembro de 2002.

Câmara, Paulo – O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades* (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008.

Câmara, Paulo – Os Modelos de Governação das Sociedades Anónimas, in *Reforma do Código das Sociedades*, (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET, 2007. Publicado em *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007.

Cardoso Simões, Tânia – Empresa Pública e Sector Empresarial do Estado breve Estudo de direito comparado in *Estudos Sobre o Novo Sector Empresarial Do Estado* (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000.

Carneiro de Frada, Manuel – A Business Judgment Rule No Quadro Dos Deveres Gerais Dos Administradores in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007.

Chambers, Andrew – *Corporate Governance Handbook*, Tolley Publishing, 2.º ed., 2003.

Cobbaut, Robert and Lenoble Jacque (ed.) – *Corporate Governance an Institutional Approach*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.

Costa, Ricardo – Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule in *Reformas do Código das Sociedades* (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da colecção Colóquios), 2007.

Caupers, João – *Introdução ao Direito Administrativo*, 5.ª ed., Lisboa, Âncora Editora, 2000.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel – Curso de Direito Comercial, vol. I, 2.º Edição, Coimbra, Almedina, 2000.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel – Curso de Direito Comercial, vol. II, Das Sociedades, 2ª Reimpressão da edição de 2002, Coimbra, Almedina, 2003.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel – Da Empresarialidade, as empresas no Direito, Coimbra, Almedina, 1999.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel – Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social, in Reformas do Código das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da colecção Colóquios), 2007.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel – Governação das Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina, 2006.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel – Privatização de Empresas Públicas e Empresarialização Pública, in Miscelâneas, n.º3, Coimbra, IDET/Almedina, 2004.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel – Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, Coimbra, IDET/Almedina, 2007.

Coutinho de Abreu e Elisabete Ramos – Responsabilidade Civil dos Administradores e dos Sócios Controladores, in Miscelâneas, n.º3, Coimbra, IDET/Almedina, 2004.

Cunha Rodrigues, Nuno – “Golden Shares” As Empresas Públicas e os Privilégios do Estado Enquanto Accionista Minoritário, Coimbra Editora, 2004.

Cunha Rodrigues, Nuno – Breves Notas em Torno do Estatuto do Gestor Público, a Caminho do New Public Management? In Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco, Vol. III. ed. FDL e Coimbra Editora, 2003.

Direcção-Geral do Tesouro e Finanças – Relatório do Sector Empresarial do Estado de 2009, disponível em www.dgtf.pt.

Estorninho, Maria João – A Fuga para o Direito Privado, Contributo Para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública, Coimbra, Almedina, 1999.

Fernandes de Oliveira, António – Responsabilidade Civil dos Administradores, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008.

Ferreira, Bruno – A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto Estratégias de Corporate Governance, in Caderno do Mercado dos Valores Mobiliários, n.º 30, Agosto de 2008, pág. 7 a 18

Ferreira Gomes, José – A Responsabilidade dos Auditores, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008.

Figueiredo, André – Auditor Independence and the Joint Provision of Audit Non Audit Services, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008.

Figueiredo Dias, Gabriela - A Fiscalização Societária redesenhada, Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores, in Reformas do Código das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da colecção Colóquios), 2007.

Figueiredo Dias, Gabriela – Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

Freitas do Amaral, Diogo – Direito Administrativo, vol. II, Lisboa, 1988.

Gervásio Lérias, António – Evolução do Sector Empresarial do Estado, in Estudos Sobre o Novo Sector Empresarial Do Estado (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000.

Gomes, Dimitilde – O Código de Governo das Empresas Públicas, in Revista da Banca n.º 65 (Janeiro/Julho de 2008).

Guerra da Fonseca, Rui – Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa. Coimbra, Almedina, 2005.

Hopt, Klaus – Desenvolvimentos Recentes da Corporate Governance na Europa, Perspectivas Para o Futuro, Trad. de Rui Dias, in *Miscelâneas*, n.º 5, Coimbra, IDET/Almedina, 2008.

Lewis, Carol / Gilman, Stuart – The Ethics Challenge in Public Service: a Problem-Solving Guide, 2.º Ed., San Francisco: Jossey-Boss, 2005

Machado, Agostinho – Deveres dos Gerentes e Administradores das Sociedades Comerciais e Corporate Governance, Porto, Fevereiro de 2005.

Meireles da Cunha, Tânia – Da Responsabilidade Civil Dos Gestores DE Sociedades Perante os Credores Sociais, a Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009.

Menezes Cordeiro, António de – Direito Europeu das Sociedades, Coimbra, Almedina, 2005.

Menezes Cordeiro, António de – Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais, Lisboa, Lex, 1993.

Menezes Cordeiro, António de – Do Governo das Sociedades: A Flexibilização da Dogmática Continental, in Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2007.

Menezes Cordeiro, António de – Manual de Direito das Sociedades, Das Sociedades em Geral, 2ª ed., Almedina, 2007.

Menezes Cordeiro, António de – Os Deveres Fundamentais dos Administradores, in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007.

Morais, Luís – As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na Sequência da Aprovação pelo Decreto-lei n.º 55/99 de 17 de Dezembro, in Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000.

Miranda, Jorge / Medeiros, Rui – Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

OCDE – OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2005, disponível em www.cgov.pt.

OCDE – OECD Principles of Corporate Governance, 2004, disponível em www.cgov.pt.

Olavo Cunha, Paulo – Direito das Sociedades Comerciais, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2007.

Oliveira Neves, Rui de – O Administrador Independente, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina, 2008.

Otero, Paulo – Legalidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade, Coimbra Almedina, 2005.

Otero, Paulo – Da criação de Sociedades Comerciais por Decreto-lei, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura. Vol. II, Lisboa, ed. FDL e Coimbra Editora, 2003.

Otero, Paulo – Vinculação e liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado, Coimbra, Coimbra Editora 1998.

Pacheco de Amorim, João – As Empresas Públicas no Direito Português, em Especial as Empresas Municipais, Coimbra, Almedina, 2000.

Pais de Vasconcelos, Pedro – Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais, in Direito das Sociedades em Revista, Março de 2009, Ano 1, Vol. 1.

Pannier, Matthias / Rickford, Jonathan – Corporate Governance Disclosure in Europe, in *European Business Law Review*, The Hague: Kluwer Law International, 1989, Vol. 16, n.º 5 (2005).

Pereira de Almeida, António – Estrutura Organizatória das Sociedades, in *Problemas do Direito das Sociedades* (obra Colectiva), Coimbra, IDET/Almedina, 2002.

Pereira de Almeida, António – Os Administradores Independentes, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007.

Pereira de Almeida, António – *Sociedades Comerciais*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

Pereira, Maria de Lurdes – O Regime Societário do Estado Enquanto Accionista, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007.

Pereira Dias, Rui Manuel Soares – Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas - Uma Análise do Direito Material e de Conflitos, Coimbra, Almedina, 2007.

Perestrelo de Oliveira, Ana – A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo, Coimbra, Almedina, 2007.

Pinto Correia, Carlos - O Novo Regime do Sector Empresarial do Estado e o Direito Comunitário, in *Estudos Sobre o Novo Sector Empresarial Do Estado* (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000.

Pinto Duarte, António – Notas Sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais, in *Estudos Sobre o Novo Sector Empresarial Do Estado* (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000.

Pinto Duarte, Rui – Escritos Sobre Direito das Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

Pinto Rocha, André – O Governo das Sociedades Anónimas In “ O advogado” – n.º.29 (Out 2006).

Tavares, José – O Tribunal de Contas e o Controlo do Sector Público Empresarial, in Estudos Sobre o Novo Sector Empresarial Do Estado (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000.

Tome D`Alte, Sofia – A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos, Coimbra, Almedina, 2007.

Rivero Ortega, Ricardo - Administraciones Públicas y Derecho Privado, , Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998.

Soares da Silva, João – Responsabilidade Civil dos Administradores e Sociedades: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance, in ROA, Ano 57, II, Abril, 1997.

Soveral Martins, Alexandre de – Comissão Executiva, Comissão de Auditoria e Outras Comissões na Administração, in Reformas do Código das Sociedades (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da colecção Colóquios), 2007.

Paz Ferreira, Eduardo – Aspectos Gerais do Novo Regime do Sector Empresarial do Estado, in Estudos Sobre o Novo Sector Empresarial Do Estado (obra colectiva org. Eduardo Paz Ferreira), Coimbra, Almedina, 2000.

Vasconcelos, Pedro Pais de – Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Comerciais, in Direito das Sociedades em Revista, Março de 2009, Ano I, Vol. 1.

Vasques, José – Estruturas e Conflitos de Poderes nas Sociedades Anónimas, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Ventura, Raúl – Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, Coimbra, Almedina, 1992.

Ventura, Raúl / Brito Correia, Luís – Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quota Boletim do Ministério da Justiça, n.º 192, 1970.

Xarepe Silveiro, Fernando – O Tribunal de Contas, as Sociedades Comerciais e os Dinheiros Públicos, Lisboa, Coimbra Editora, 2003.